

CONSEIL D'ETAT

DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

RAPPORT ANNUEL 2013-2014

Sommaire

PREFACE

Il est urgent de réviser l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution

Les lois votées par la Chambre des députés requièrent souvent des dispositions d'exécution pour pouvoir s'appliquer.

Les lois peuvent elles-mêmes renvoyer à des actes à prendre par le pouvoir réglementaire alors même que ce dernier peut l'exercer spontanément en vue de l'exécution d'une loi qui lui sert de base juridique à cet effet.

Les articles 36 et 37, alinéa 4 investissent le Grand-Duc de ce pouvoir réglementaire. L'article 36 lui accorde un pouvoir général pour prendre les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois. L'article 37, alinéa 4 confère au Grand-Duc le même pouvoir pour l'exécution des traités. Le pouvoir réglementaire prévu par ces deux dispositions constitutionnelles s'exerce sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.

Le pouvoir réglementaire attribué au Grand-Duc par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution est qualifié de pouvoir réglementaire d'exécution. Formellement, ce pouvoir réglementaire constitue une prérogative exclusive du Grand-Duc. Aucune autre instance – même pas la Chambre des députés – ne peut attribuer l'exécution d'une loi à une autorité autre que le Grand-Duc.[1]

L'article 76, alinéa 2 de la Constitution permet au Grand-Duc de déléguer le pouvoir réglementaire qui lui est conféré par les articles 36 et 37, alinéa 4 à un ou plusieurs membres du Gouvernement.

Depuis la révision des dispositions afférentes le 19 novembre 2004, l'article 32 de la Constitution prévoit deux autres formes d'exercice du pouvoir réglementaire.

L'article 32, paragraphe 4 habilite le Grand-Duc, en cas de crise internationale, à prendre en toute matière des règlements, même dérogatoires à des dispositions légales existantes, si l'urgence le requiert. La durée de ces règlements se trouve cependant limitée à trois mois, afin de permettre au législateur de retrouver la plénitude de ses compétences à l'échéance de ce délai.

L'article 32, paragraphe 3 permet à son tour au Grand-Duc d'exercer son pouvoir réglementaire dans les matières réservées à la loi, sans que la validité de ces actes réglementaires ne soit limitée dans le temps.

---

1 En rapport avec l'analyse du pouvoir réglementaire d'attribution et du pouvoir réglementaire d'exécution, cf. Précis de droit constitutionnel – Commentaire de la Constitution luxembourgeoise (par Paul Schmit, en collaboration avec Emmanuel Servais), p. 164 à 167.

Le pouvoir réglementaire de l'article 32, paragraphe 3 est qualifié de pouvoir réglementaire d'attribution puisqu'il ne peut intervenir spontanément, mais que la loi doit formellement et spécifiquement prévoir que certaines de ses dispositions seront détaillées dans un règlement grand-ducal, tout en spécifiant les fins, les conditions et les modalités pour ce faire.

Il faut se rendre à l'évidence que les matières réservées sont nombreuses et que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui consacre par une interprétation littérale les dispositions constitutionnelles visées, ne laisse guère de marge pour une application flexible facilitant une intervention aisée du pouvoir réglementaire.

> «Sont notamment du domaine de la loi formelle:
>
> – l'octroi de droits politiques à des non-Luxembourgeois (art. 9, al. 3 de la Constitution);
> – l'admissibilité de non-Luxembourgeois à des emplois publics (art. 10*bis*, paragraphe (2));
> – l'organisation de la sécurité sociale, la protection de la santé et le repos des travailleurs (art. 11, paragraphe (5));
> – la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole (art. 11, paragraphes (4) et (6));
> – la détermination des infractions et la fixation des peines (art. 12 et 14);
> – la détermination des cas d'application et de la procédure d'expropriation (art. 16);
> – l'assistance médicale et sociale (art. 23, al. 1er);
> – l'organisation de l'enseignement (art. 23, al. 3);
> – l'emploi des langues en matière administrative et judiciaire (art. 29);
> – l'approbation des traités (art. 37);
> – la détermination des cas et les conditions d'un référendum (art. 51, paragraphe (7));
> – l'organisation et les attributions des forces de l'ordre (art. 97);
> – l'établissement d'impôts au profit de l'Etat (art. 99);
> – l'aliénation d'une propriété immobilière de l'Etat, l'acquisition, par l'Etat, d'une propriété immobilière importante ou la réalisation, au profit de l'Etat, d'un grand projet dépassant les limites fixées par la loi (art. 99);
> – l'établissement d'une charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice (art. 99).»[2]

---

2 Document parlementaire n° 4754^{6}.

> Même si l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution permet au législateur de ne pas décider des règles jusque dans les derniers détails le cadrage légal des modalités réservées, la Cour constitutionnelle a encore rappelé dans un récent arrêt 108/13[3] que «l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles les éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc».

La révision constitutionnelle de 2004 conçue dans une perspective de pouvoir appliquer des matières réservées à la loi avec moins de rigidité formelle n'a malheureusement pas eu le résultat escompté. La détermination dans la loi même des fins, des conditions et des modalités selon lesquelles le pouvoir réglementaire d'attribution peut intervenir fait qu'en pratique il reste très peu de marge pour la substance normative susceptible d'être réglée dans un règlement grand-ducal chaque fois que celui-ci est censé intervenir dans une matière réservée.

Le Conseil d'Etat se voit obligé de sanctionner toute non-conformité en la matière dans les projets et propositions de loi soumis à son avis par des oppositions formelles fondées sur la contrariété des dispositions critiquées à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

Il faut dès lors se demander si, dans l'intérêt du travail législatif, l'opportunité n'est pas donnée pour procéder dans les meilleurs délais et même avant la révision générale de la Constitution à une révision de l'article 32, alinéa 3 de la Constitution.

En effet, dans son avis du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution concernant l'article 32, alinéa 3,[4] le Conseil d'Etat avait déjà exposé la possibilité dans les termes suivants: «Il propose plutôt d'abandonner l'exigence constitutionnelle voulant que, à côté de la finalité et des conditions, les *«modalités»* doivent également être spécifiées par la loi pour mettre en œuvre le pouvoir réglementaire d'attribution dans les matières réservées.»

Victor GILLEN

Président du Conseil d'Etat

---

3 Mémorial A n° 217 du 13 décembre 2013.

4 Document parlementaire n° 6030[6].



PARTIE I

L'organisation et les activités du Conseil d'Etat

A) LE CONSEIL D'ETAT

1) Les membres du Conseil d'Etat

a) *Membres ayant quitté le Conseil d'Etat durant l'exercice*

Albert Hansen

Né en 194l; Avocat (1967-1969); Juriste au Ministère d'Etat (1969-1998); Secrétaire général du Conseil de Gouvernement (1978-1998); Chef de Cabinet du Grand-Duc (1998-2002); Secrétaire du Grand-Duc (1999-2002); Nommé Conseiller d'Etat, le 23 février 2001; Démissionnaire du Conseil d'Etat pour limite d'âge le 20 décembre 2013.

Dan Kersch

Né en 1961; Fonctionnaire communal; Bourgmestre de la commune de Mondercange (depuis 2005); Président du Syvicol (2009-2012); Nommé Conseiller d'Etat, le 14 décembre 2011; Démissionnaire du Conseil d'Etat à partir du 14 novembre 2013 (acceptation du mandat de député).

b) *Membres du Conseil d'Etat (31.7.2014)*

Victor Gillen

Né en 1946; Licencié en droit par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Nancy; Avocat à la Cour au Barreau de Luxembourg depuis 1972; Nommé Conseiller d'Etat, le 20 décembre 1999; Nommé Vice-Président du Conseil d'Etat, le 18 janvier 2012; Nommé Président du Conseil d'Etat, le 7 août 2012.

Viviane Ecker

Née en 1952; Docteure en droit; 1ère Conseillère de gouvernement au ministère des Affaires étrangères, Direction de l'immigration; Nommée Conseillère d'Etat, le 29 mars 2001; nommée Vice-Présidente du Conseil d'Etat, le 18 novembre 2009.

Georges Pierret

Né en 1954; Maître en droit; Avocat à la Cour; Nommé Conseiller d'Etat, le 14 janvier 2000; Nommé Vice-Président du Conseil d'Etat, le 7 août 2012.

Son Altesse Royale le Prince Guillaume

Né en 1981, le Prince Guillaume a effectué une formation d'officier à l'Académie Royale Militaire de Sandhurst en Grande-Bretagne avant de poursuivre ses études en politique internationale en France et en Grande-Bretagne; Licencié en lettres et sciences politiques, spécialité sciences politiques. Le 18 décembre 2000, le Prince Guillaume est officiellement nommé Grand-Duc Héritier; Son Altesse Royale est officier de l'Armée luxembourgeoise et porte actuellement le grade de Lieutenant-Colonel. Il prend

en 2001 la présidence d'honneur du «Board of Economic Development» puis de «Luxembourg for Business». Ses missions dans ce cadre l'ont conduit dans de nombreux pays afin de promouvoir l'économie luxembourgeoise. Depuis le 24 juin 2005, Son Altesse Royale est membre du Conseil d'Etat. Il assure le Haut Patronage à la Fédération du Sport cycliste luxembourgeois, à la Centrale des Auberges de Jeunesse, à l'Association nationale des Victimes de la Route, à l'Orchestre d'Harmonie des Jeunes de l'Union Européenne ainsi qu'aux Jonk Entrepreneuren Luxembourg. Après avoir présidé pendant plus de 10 ans le conseil d'administration de la Fondation «Kräizbierg», le Prince Guillaume en a accepté le titre de Président d'honneur en 2011.

Agnès Rausch

Née en 1954; Infirmière sociale graduée de l'Université libre de Bruxelles; Diplômée de l'Institut de médecine tropicale d'Anvers; Coopérante à Kisangani/RDC (1982-1986); Direction du service-réfugiés de Caritas-Luxembourg (1991-2005); Responsable du Lieu d'Initiatives et de Services des Etudiants au Luxembourg asbl (LISEL) (2006-2013); Membre de la Communauté Vie Chrétienne (CVX); Nommée Conseillère d'Etat, le 11 février 2000.

Kik Schneider

Né en 1953; Professeur de philosophie et de mathématiques (1976-1990); Secrétaire général de la Banque Générale du Luxembourg (1990-1998); Directeur du Marketing et de la Coordination Commerciale (1998-2006); Directeur de la banque Retail (2006-2010); Directeur de la banque de détail et des entreprises; Membre du Comité de direction depuis mars 2010; Président du Conseil d'administration de la Fondation Alphonse Weicker; Nommé Conseiller d'Etat, le 8 avril 2000.

Paul Schmit

Né en 1953; il a, après ses études de droit à l'Université de Strasbourg et son stage judiciaire, rejoint l'Administration gouvernementale; affecté au Ministère des Transports, il a été en charge de la Circulation routière, des Chemins de fer, de l'Aviation civile et des Affaires européennes; de 1999 à 2004, il a été Secrétaire général dudit ministère; depuis 2005, il est chargé de cours à l'Ecole de Police, à l'Institut national d'administration publique, au ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle et au ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative; il a été nommé Conseiller d'Etat, le 9 juin 2000.

En 2005-2006, il a coordonné les travaux d'un groupe de réflexion dont l'analyse de la Constitution a été publiée dans l'ouvrage «Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux», édité à l'occasion du 150e anniversaire de l'institution. En 2009, il a publié, en collaboration avec Emmanuel Servais, un Précis de droit constitutionnel sur la Constitution luxembourgeoise.

Françoise Thoma

Née en 1969; Diplômée des Universités de Paris I et II (Doctorat en Droit, Maîtrise en sciences politiques) et Harvard (LL.M.), a été Avocat au

barreau de Luxembourg (1994-1998), Référendaire à la CJCE (1998-1999), pour rejoindre la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, Luxembourg, en 1999, où elle est depuis 2009 Directeur et Membre du Comité de direction, après avoir été Conseiller juridique et Secrétaire Général. Elle a été nommée Conseillère d'Etat, le 27 octobre 2000. Elle est également Assistant-professeur à l'Université du Luxembourg.

Albert Rodesch

Né en 1952; Maître en droit; Avocat à la Cour; Nommé Conseiller d'Etat, le 13 février 2003.

Romain Nati

Né en 1959; Docteur en médecine de l'Université Paris VI Pierre et Marie Curie; Diplômé en médecine générale, médecine interne, pneumologie et médecine de l'environnement; Ancien assistant des hôpitaux universitaires de Bonn; Maître de stage en pneumologie auprès de la Landesärztekammer Rheinland-Pfalz; Pneumologue au Centre Hospitalier de Luxembourg depuis 1995; Directeur médical du Centre Hospitalier de Luxembourg de 2008 à 2012, Directeur général depuis 2012; Nommé Conseiller d'Etat, le 15 octobre 2004.

René Kollwelter

Né en 1949; Etudes universitaires à Aix-en-Provence et à Paris en lettres modernes et en sciences politiques; Professeur de l'enseignement secondaire à Luxembourg dans les années 1970; ancien footballeur international et professionnel en France dans les années 1970; il est l'auteur notamment de l'ouvrage «Umweltatlas für Luxemburg» (avec Dulli Frühauf) en 1987 et puis en 2009 de l'ouvrage «L'Europe que nous voulons»; Conseiller communal de la ville de Luxembourg et Député dans les années 1984-1999, il était également membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; en 1999, il quitte la politique volontairement pour intégrer l'Ecole de la deuxième chance de Marseille; il y remplira notamment la fonction de directeur Europe et sera chargé de cours à l'Université d'Avignon; en 2004, il revient sur le Luxembourg où il est nommé Conseiller d'Etat, le 29 avril 2005.

Agny Durdu

Née en 1964; Licenciée en droit; D.E.A. en droit communautaire; Avocat à la Cour; Membre de la Chambre des députés de 1994 à 2003; Bourgmestre de la commune de Wincrange de 1994 à 2005; Membre du Comité des Régions depuis 2000; Membre du conseil communal de Wincrange depuis 2005; Nommée Conseillère d'Etat, le 7 avril 2006.

Georges Wivenes

Né en 1954; Maîtrise en droit; DEA de droit européen; Diplôme d'études supérieures européennes de l'Université de Nancy II; Avocat (1980); Magistrat (1982); Référendaire à la CJCE (1983-1997); Procureur général d'Etat adjoint (2010); Membre du parquet de la Cour Benelux; Nommé Conseiller d'Etat, le 1er août 2006.

Marc Schaefer

Né en 1961; Etudes supérieures en tourisme; Enseignant au Lycée technique hôtelier de Diekirch; Bourgmestre de la ville de Vianden (2000-

2004 et depuis 2011); Membre du Comité des Régions de l'Union européenne depuis 2007; Nommé Conseiller d'Etat, le 18 décembre 2006.

Roger Molitor

Né en 1953; Licencié en administration des affaires, Université de Liège (1976); Expert-comptable et fiscal (depuis 1982); Auteur de plusieurs publications sur le droit fiscal luxembourgeois et international; Collaborateur et ensuite associé auprès d'un cabinet de conseil international (1982-2008); Nommé Conseiller d'Etat, le 15 février 2008.

Patrick Santer

Né en 1970; Maître en droit de l'Université de Strasbourg; Diplômé d'études supérieures spécialisées (juriste européen) de l'Université de Tours; Avocat à la Cour; Député (1999-2009), Président de la commission juridique de la Chambre des députés (2004-2009); Nommé Conseiller d'Etat, le 27 avril 2009.

Lydie Lorang

Née en 1954; Avocat à la Cour; Nommée Conseillère d'Etat, le 1er février 2010.

Charles Lampers

Né en 1955; Maître en droit; Commissaire de district de Luxembourg; Nommé Conseiller d'Etat, le 28 février 2011.

Martine Deprez

Née en 1969; Licenciée en sciences mathématiques de l'Université de Liège; Chargée d'études à l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale (1992-2001); Professeur stagiaire (2002-2003); Professeur de sciences – spécialité sciences mathématiques (depuis 2004); Nommée Conseillère d'Etat, le 31 octobre 2012.

Christophe Schiltz

Né en 1978; Maîtrise en droit privé (Université de Strasbourg III – Robert Schuman), LL.M. (Université de Cambridge) et MA en études politiques et administratives européennes (Collège d'Europe à Bruges), Chargé de mission à la Représentation permanente du Luxembourg auprès de l'Union européenne (RPUE) (2004-2005); Référendaire à la CJCE (2005-2006); Secrétaire de légation puis Conseiller de légation adjoint (2013) au Ministère des Affaires étrangères (2006-); chef de cabinet du ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (2009-2012); Conseiller juridique de la RPUE (2012-2014); Conseiller juridique au Ministère des Affaires étrangères (2014-). Il est également chargé de cours à l'Institut national de l'Administration publique. Nommé Conseiller d'Etat, le 28 novembre 2013.

Lucien Lux

Né en 1956; Indépendant, responsable syndical OGB-L (1979-1989); Bourgmestre de la Commune de Bettembourg (1988-2004); député (1989-2004); Ministre de l'Environnement et des Transports (2004-2009); président du groupe parlementaire socialiste (2009-2013); Nommé Conseiller d'Etat, le 24 décembre 2013.

Mike Mathias

Né en 1968; Socio-économiste; Nommé Conseiller d'Etat, le 28 avril 2014.



2) Les commissions du Conseil d'Etat (31.7.2014)

Les commissions permanentes du Conseil d'Etat sont instituées par le Bureau, qui fixe leur composition et en désigne le président. Il veille à ce titre à ne pas choisir comme membres d'une commission des conseillers d'Etat qui sont appelés de par une autre fonction à élaborer régulièrement des projets de loi ou de règlement dont l'examen incombe à cette commission.

Six commissions siègent régulièrement:

- la Commission «Culture, Education, Recherche et Médias» (CERM);
- la Commission «Développement durable et Infrastructures» (DDI);
- la Commission «Economie et Finances» (ECOFIN);
- la Commission «Institutions et Administration publique» (IAP);
- la Commission juridique (JUR);
- la Commission «Affaires sociales» (SOC).

Le Président du Conseil d'Etat peut former des commissions spéciales pour l'examen des affaires qui ont un caractère particulier, et désigner les membres qui les composent.

Chaque conseiller d'Etat peut assister avec voix délibérative, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'un président de commission, aux réunions d'une commission dont il n'est pas membre. Les commissions peuvent appeler à leurs délibérations, pour y prendre part avec voix consultative, toute personne susceptible d'apporter des éclaircissements sur les affaires en délibération (p. ex. des membres du Gouvernement).

Un agent du Secrétariat est affecté par le Bureau aux commissions pour assister les conseillers dans leurs travaux. Le Secrétaire général peut assister à chaque réunion de commission.

Les commissions ont pour missions:

- d'examiner les projets et propositions de loi, les projets de règlement ou d'arrêté grand-ducal, les amendements y afférents ainsi que les demandes d'avis de toute nature déférées au Conseil d'Etat;
- d'étudier de leur propre initiative l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants.

Les commissions désignent en leur sein un ou plusieurs rapporteurs chargés de l'élaboration d'un projet d'avis ou de délibération. Les conseillers d'Etat doivent

s'abstenir de participer à la rédaction d'un avis ou de prendre part lors des séances publique et plénière à un vote ayant trait à un projet ou proposition de loi ou à un projet de règlement, à l'élaboration desquels ils ont participé à un autre titre que celui de conseiller d'Etat.

Une commission peut constituer une sous-commission, dont elle détermine la composition, chargée de préparer un projet d'avis à soumettre aux délibérations de la commission.

Les travaux en commission ne sont pas publics.

Commission «Culture, Education, Recherche et Médias» (CERM)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de la Culture, du ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, elle a dans ses attributions la culture, l'éducation et la formation professionnelle, la jeunesse et les sports, les médias et communications audiovisuelles, la recherche scientifique et l'espace.

Président: M. Schneider

Membres: Mme Rausch, M. Kollwelter, Mme Durdu, MM. Schiltz, Lux, Mathias

Secrétaire de commission: M. Millim

Commission «Développement durable et Infrastructures» (DDI)

Compétente pour les affaires relevant du ministère du Développement durable et des Infrastructures et du ministère du Logement, elle a notamment dans ses attributions l'aménagement du territoire et l'urbanisme, l'énergie, le développement durable et l'environnement, le logement, les travaux publics, les expropriations, les transports, les établissements dangereux et insalubres, l'eau, la nature et les forêts.

Président: Mme Rausch

Membres: MM. Schmit, Nati, Mmes Durdu, Lorang, MM. Lampers, Mathias

Secrétaire de commission: M. Schanck

Commission «Economie et Finances» (ECOFIN)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de l'Agriculture (à l'exception des services Sanitel et médecine vétérinaire, du développement rural – Programme LEADER), du ministère des Classes moyennes et du Tourisme, du ministère de l'Economie et du Commerce extérieur et du ministère des Finances, ses attributions



portent notamment sur le budget et la comptabilité de l'Etat, les marchés publics, la fiscalité, les finances communales, le domaine de l'Etat, le secteur financier, l'économie, les classes moyennes, le tourisme, l'agriculture et la viticulture (volet économique), la libéralisation des marchés, la concurrence, la consommation et la répression des fraudes, les statistiques et études économiques, la propriété industrielle, l'économie numérique.

Président: M. Gillen

Membres: S.A.R. le Prince Guillaume, M. Schneider, Mme Thoma, MM. Wivenes, Schaefer, Molitor, Santer

Secrétaire de commission: M. Poiré

Commission «Institutions et Administration publique» (IAP)

Compétente pour les affaires relevant du ministère d'Etat à l'exception des communications et médias, du ministère des Affaires étrangères à l'exception de l'immi-gration et droit d'asile, du ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative à l'exception des régimes de pension spéciaux, et du ministère de l'Intérieur à l'exception de l'aménagement communal et du développement durable ainsi que de la gestion de l'eau et de la sécurité publique, ses attributions portent notamment sur la Constitution, les élections, les traités internationaux, l'Union européenne, la coopération, les opérations pour le maintien de la paix, la défense, la fonction publique, les administrations et services publics, les affaires communales et les cultes.

Président: Mme Thoma

Membres: MM. Schmit, Kollwelter, Schaefer, Mme Lorang, M. Lampers, Mme Deprez

Secrétaire de commission: Mme De Pina

Commission juridique (JUR)

Compétente principalement pour les affaires relevant du ministère de la Justice, ses attributions portent notamment sur le droit civil, commercial et pénal, les juridictions et les procédures, les fondations et associations, les libertés publiques, la protection des données, la police, les établissements pénitentiaires, l'immigration et le droit d'asile, l'indigénat, les changements de noms.

Président: M. Pierret

Membres: M. Gillen, Mme Ecker, MM. Rodesch, Wivenes, Santer, Schiltz

Secrétaire de commission: Mme Alex

Commission «Affaires sociales» (SOC)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de l'Egalité des chances, du ministère de la Famille et de l'Intégration, du ministère de la Santé, du ministère de la Sécurité sociale et du ministère du Travail et de l'Emploi, elle a dans ses attributions le travail et l'emploi, la sécurité sociale, les régimes spéciaux et complémentaires de pension, la santé, la famille, l'intégration sociale, l'égalité des chances, la santé et la sécurité au travail.

Présidente: Mme Ecker

Membres: M. Pierret, S.A.R. le Prince Guillaume, MM. Rodesch, Nati, Molitor, Mme Deprez, M. Lux

Secrétaire de commission: M. Marchi

Commission de coordination

Compétente pour l'élaboration de lignes de conduites au sujet de questions juridiques fondamentales.

Président: M. Gillen

Composition: M. le Président et tous les membres

Secrétaire de commission: M. Hauben

Commission «Refonte de la Constitution» (CONSTIT)

Compétente pour l'examen de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (48.433) ainsi que d'autres propositions de révision constitutionnelle figurant le cas échéant au rôle des affaires.

Président: M. Schmit

Membres: M. Gillen, Mme Ecker, MM. Pierret, Rodesch, Wivenes, Lampers

Secrétaire de commission: M. Servais



Commission spéciale «Avortement» (IVG)

Compétente pour l'examen du projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal.

Présidente: Mme Ecker

Membres: Mme Rausch, MM. Schneider, Nati, Mme Durdu, M. Santer, Mme Lorang, M. Mathias

Secrétaire de commission: M. Marchi

Commission d'examen de la dispense du second vote constitutionnel

Compétente pour le réexamen des oppositions formelles au regard des considérations de la Chambre des députés ou du Gouvernement et pour l'élaboration, le cas échéant, d'une proposition de motivation en vue de la délibération en séance publique.

Président: M. Gillen

Membres: Mme Ecker, M. Pierret, Mme Rausch, MM. Schneider, Schmit

+ le conseiller d'Etat-rapporteur

Secrétaire de commission: M. Besch

Commission du rapport, de la documentation et des relations internationales

Compétente pour la préparation du rapport annuel, pour les questions relatives à la documentation et la bibliothèque ainsi que pour la coordination des relations internationales du Conseil d'Etat.

Présidente: Mme Ecker

Membres: MM. Gillen, Schmit, Rodesch, Mme Durdu, M. Santer, Mme Lorang, M. Lampers

Secrétaire de commission: M. Besch

Commission des cabarets

Compétente pour donner un avis préalable en matière de cabaretage tel que prévu par la loi modifiée du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets.

Composition: M. Pierret, Mme Rausch, M. Schaefer

Commission des comptes

Compétente pour l'examen de la comptabilité du Conseil d'Etat et de la désignation d'un réviseur d'entreprises.

Président: M. Molitor

Membres: M. Schneider, Mme Thoma, MM. Rodesch, Nati,
ainsi que les membres du bureau

3) Le Secrétariat du Conseil d'Etat (31.7.2014)

Le Secrétariat du Conseil d'Etat constitue l'administration de l'Institution. Il assiste les conseillers d'Etat dans leurs travaux.

M. Marc Besch – Secrétaire général

- Direction et organisation du Secrétariat du Conseil d'Etat
- Collaboration aux travaux des membres du Conseil d'Etat

M. Gilles Hauben – Secrétaire

- Coordination des séances publique et plénière
- Secrétariat de la commission de coordination

M. Yves Marchi – Secrétaire adjoint

- Secrétariat de la commission SOC
- Secrétariat de la commission spéciale IVG

Mme Lis de Pina – Attachée 1re en rang

- Secrétariat de la commission IAP
- Secrétariat des affaires de médiation

Mme Françoise Alex – Attachée 1re en rang

- Secrétariat de la commission JUR

M. Marc Schanck – Attaché

- Secrétariat de la commission DDI

M. Michel Millim – Attaché

- Secrétariat de la commission CERM

M. Mike Poiré – Attaché

- Secrétariat de la commission ECOFIN

M. Emmanuel Servais – Inspecteur principal premier en rang (retraité; réintégré pour des tâches particulières à partir du 1er juillet 2014)

- Coordination des séances publique et plénière
- Secrétariat de la Commission CONSTIT
- Délégué à la formation

Mme Danielle Knebel – Inspecteur principal

- Gestion des archives et de la bibliothèque
- Service du budget et de la comptabilité – comptable public

Mme Marie-Paule Scheuren-Heckmus – employée (mi-temps)

- Travaux de secrétariat

Mme Nadine Bütgenbach – employée (mi-temps)

- Secrétaire de direction

Mme Fabienne Benassutti – employée

- Travaux de secrétariat

M. Kevin Simon – employé

- Gestion informatique
- Travaux de secrétariat
- Délégué à l'égalité des chances

Mme Marie-France Gindt – employée

- Secrétaire de direction
- Service du budget et de la comptabilité

M. Gérard Wagner – employé

- Réception, courrier interne
- Délégué à la sécurité

M. Michel Prost – employé

- Travaux de bureau
- Chauffeur



B) LES ACTIVITES DU CONSEIL D'ETAT 2013/2014

1) Les réunions du Conseil d'Etat

a) *Séances publiques et plénières*

Au cours de l'exercice 2013-2014, le Conseil d'Etat s'est réuni

- 21 fois en séance plénière;
- 10 fois en séance publique.

b) *Commissions permanentes et spéciales*

Les commissions permanentes et spéciales du Conseil d'Etat se sont réunies à 202 reprises.

c) *Le Bureau*

Le Bureau s'est réuni 7 fois.

2) Les avis en matière législative et réglementaire

a) *Bilan de l'activité consultative du Conseil d'Etat*

Au cours de ses séances plénières, le Conseil d'Etat a émis les avis suivants en matière législative et réglementaire:

	2013-2014
Avis sur des projets de révision constitutionnelle	1
Avis sur des projets de loi	90
Avis complémentaires sur des projets de loi	43
Avis sur des propositions de loi	8
Avis complémentaires sur des propositions de loi	1
Avis sur des projets de règlement grand-ducal	133
Avis complémentaires sur des projets de règlement grand-ducal	4
Avis sur des projets d'arrêté grand-ducal	1
Au total	281

Les avis du Conseil d'Etat au sujet des projets de loi, des propositions de loi ou des projets de règlement grand-ducal ainsi que des amendements à ceux-ci sont publiés le jour même de leur adoption sur le site Internet du Conseil d'Etat, à l'adresse www.conseil-etat.public.lu, et par la suite dans les documents parlementaires, qui sont publiés sur le site Internet de la Chambre des députés www.chd.lu, pour autant que celle-ci s'en trouve saisie.

b) *Transposition des directives*

Saisines du Conseil d'Etat par rapport à la date de la publication des directives au Journal officiel de l'Union européenne

mois	≤ 6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	≥ 18
nombre	6	4	1				2	1					8

Saisines du Conseil d'Etat par rapport au délai de transposition imposé

mois	≤ 12	-9	-6	-3	-2	-1	1	2	3	4	5	6	≥ 6
nombre	4	3	3	2		1	4	2	1				2
Risque de dépassement de délai							Délai de transposition dépassé						

c) *Délais de traitement des projets et propositions*

En mois	≤ 1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11[5]	≥ 12
Projets de loi	9	17	19	9	6	7	5	1	4	2		11
Amendements projets de loi	20	12	4	2	2		2		1			
Propositions de loi	1	1		2	1	2	1					
Amendements propositions de loi		1										
Projets de règlement g.-d.	25	36	30	11	15	2	11	1		1		1
Projets de règlement g.-d. modifiés	3	1										

d) *Oppositions formelles*

Dans le cas où le Conseil d'Etat est d'avis qu'une disposition légale envisagée est contraire à la norme supérieure ou à un principe général du droit, il formule une «opposition formelle» motivée. Au cours de l'exercice 2013-2014, il a ainsi émis dans ses avis 196 oppositions formelles[6]. Ces oppositions formelles étaient motivées comme suit:

	2013-2014
Constitution,	
dont	
Article 10bis	26
Articles 12 et 14	10
Article 23	1

5 Dont 7 projets de loi concernent le «paquet» de la réforme de la Fonction publique.

6 Dont 103 oppositions formelles concernent le «paquet» de la réforme de la Fonction publique.

	2013-2014
Article 32(3) – en combinaison avec l'article 11(6) – en combinaison avec l'article 15 – en combinaison avec l'article 23 – en combinaison avec l'article 99 – en combinaison avec les articles 99 et 103 – en combinaison avec l'article 101 – en combinaison avec l'article 102	 20 1 6 2 5 3 1
Article 32(4)	1
Article 36	7
Article 37	1
Article 76, alinéa 1er	9
Article 76, alinéa 2	1
Article 97	4
Article 99	3
Article 104	1
Article 107	1
Article 108*bis*	2

Conventions ou traités internationaux, dont Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 6, paragraphe 1er	4
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 8	3
Transposition du droit de l'UE − Techniques de transposition	1
Transposition du droit de l'UE – Transposition non conforme d'une directive	3
Principe de l'applicabilité directe des règlements de l'UE	2
Non-respect des dispositions du droit de l'UE	2
Convention du 28 janvier 1981 pour la protection à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel	1
Convention de Vienne sur le droit des traités	1

Principes généraux du droit, dont: Principe *Non bis in idem*	1
Sécurité juridique − Incohérence des textes ou texte lacunaire	21
Sécurité juridique − Terminologie ambiguë ou incertaine	23
Principe de la confiance légitime	1
Hiérarchie des normes et/ou parallélisme des formes	28

Pour l’analyse détaillée, il est renvoyé à la partie II «Les avis du Conseil d’Etat».

En matière réglementaire, le Conseil d’Etat a signalé à 19 occasions que le projet soumis risquait d’encourir la sanction prévue à l’article 95 de la Constitution.

3) Autres délibérations et avis du Conseil d’Etat

	2013-2014
Changements de nom et de prénom	70
Déclarations d’utilité publique	6
Questions diverses	7
Total	83

En outre, la commission spéciale «Cabaretage» a émis 40 avis sur des dossiers de cabaretage.

4) Dispenses du second vote constitutionnel

En application de l’article 59 de la Constitution, «toutes les lois sont soumises à un second vote, à moins que la Chambre, d’accord avec le Conseil d’Etat, siégeant en séance publique, n’en décide autrement. – Il y aura un intervalle d’au moins trois mois entre les deux votes».

En vue de la dispense du second vote, le rapporteur du Conseil d’Etat examine si les textes adoptés par la Chambre des députés correspondent à ceux soumis à l’avis du Conseil d’Etat et si celui-ci a été suivi sur les points sur lesquels une opposition formelle avait été émise. Si tel n’est pas le cas, le texte adopté est examiné préalablement par la Commission spéciale «Dispense du second vote constitutionnel» pour proposer une solution aux membres du Conseil d’Etat.

Au cours de l’exercice 2013-2014, le Conseil d’Etat a dispensé 75 projets du second vote constitutionnel.

Le Conseil d’Etat n’a refusé sa dispense à aucun projet de loi.

5) Relations internationales

10 octobre 2013

Colloque des Conseils d'Etat du Benelux à Luxembourg

«La transposition et la mise en œuvre des actes normatifs de l'Union européenne en droit national» (Rapport ci-joint de M. Paul Schmit, Conseiller d'Etat, voir page 116)

27 novembre 2013

Dîner de S. Exc. Monsieur Pierre-Louis Lorenz, Ambassadeur du Luxembourg à La Haye

(M. Gillen, Mme Ecker, MM. Pierret, Schmit, Hansen, Besch et Servais)

28 novembre 2013

Visite du Sénat à La Haye

(M. Gillen, Mme Ecker, MM. Pierret, Schmit, Hansen, Besch et Servais)

29 novembre 2013

ACA Europe et Conseil d'Etat des Pays-Bas

Séminaire à La Haye

«Développement du droit administratif en Europe: Convergence naturelle ou uniformité imposée?»

(M. Gillen, Mme Ecker, MM. Pierret, Schmit et Besch)

18 décembre 2013

ACA Europe

Séminaire à Paris

«Droit souple, normes juridiques et sources du droit»

(Mme Ecker et M. Besch)

16 et 17 juin 2014

ACA Europe

Colloque à Paris

«Régulation économique sectorielle dans les pays de l'Union européenne» (voir page 129)

(MM. Gillen, Wivenes et Besch)

6) Visites au Conseil d'Etat

Pour mieux faire connaître les attributions et le fonctionnement de l'Institution au grand public, le Conseil d'Etat a reçu pendant l'exercice 2013-2014 neuf groupes de visiteurs dans ses locaux. A ces occasions, des conseillers d'Etat ont présenté le fonctionnement interne de l'Institution, en répondant aux questions posées.

Le Conseil d'Etat a reçu en visite de courtoisie Son Excellence Monsieur Thomas ANTOINE, Ambassadeur de Belgique le 17 décembre 2013, et Son Excellence Monsieur Levent ŞAHINKAYA, Ambassadeur de Turquie le 30 avril 2014.

Une délégation du Conseil d'Etat a reçu en visite le 26 juin 2014 une délégation parlementaire de la commission des relations internationales et des émigrés du Monténégro sous la conduite de Monsieur Miodrag VUKOVIC.



PARTIE II

Les avis du Conseil d'Etat

A) DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

1) Egalité devant la loi

Accès à un marché

Dans son avis du 12 novembre 2013 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 16 juillet 1984 relative aux laboratoires d'analyses médicales (doc. parl. *n° 6599*[1]), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'article unique dudit projet de loi. Cet article réserve exclusivement au Laboratoire national de santé la faculté de s'associer aux établissements hospitaliers dans une structure juridique commune exploitant un laboratoire d'analyses de biologie médicale, et ceci dans le cadre de ses missions destinées au secteur hospitalier, en écartant ainsi d'une telle possibilité d'association les personnes physiques ou morales exploitant un laboratoire d'analyses médicales tombant dans le champ d'application de la loi modifiée du 16 juillet 1984 relative aux laboratoires d'analyses médicales. Le Conseil d'Etat a en effet été d'avis que la disposition précitée introduit une situation d'inégalité entre laboratoires d'analyses médicales qui est contraire à l'article 10*bis* de la Constitution.

Fonction publique

1. Le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 2 février 1979 déterminant les conditions d'admission, de nomination et de promotion du personnel des cadres de l'Administration des bâtiments publics a pour objet de modifier les matières à examiner et la pondération des points des différentes épreuves de l'examen d'admission définitive pour les carrières de l'architecte et de l'ingénieur auprès de l'Administration des bâtiments publics. L'article 2 du projet vise à régler la situation des stagiaires qui ne se sont pas présentés à l'examen pour des raisons indépendantes de leur volonté. Le Conseil d'Etat dans son avis du 22 octobre 2013 a mis en exergue le fait que l'alinéa 2 de l'article 2 innove en la matière en ce sens qu'il prévoit la possibilité pour l'administration de faire appel au médecin de contrôle lorsque des problèmes de santé sont invoqués par le candidat qui ne s'est pas présenté à toutes les épreuves d'un examen. L'approche des auteurs, qui diffère de la pratique usuelle en la matière, n'a pas trouvé l'accord du Conseil d'Etat. En effet, outre les problèmes pratiques pour le médecin de contrôle d'émettre un jugement sur l'état de santé d'une personne à plusieurs jours d'intervalle de la période d'absence pour raison de maladie, maladie pour le surplus attestée par un certificat médical, l'approche spécifique envisagée

pour les seuls candidats visés par le projet de règlement grand-ducal soulève la question de sa compatibilité avec les exigences de l'article 10*bis* de la Constitution et risque partant d'exposer la disposition en projet à la sanction d'inapplicabilité prévue à l'article 95 de la Constitution. Le Conseil d'Etat s'est dès lors prononcé en faveur de la suppression de l'alinéa 2 du texte proposé par les auteurs.

2. Le projet de loi transposant certaines dispositions de l'accord salarial du 15 juillet 2011 dans la Fonction publique et modifiant la loi modifiée du 22 juin 1963 portant fixation de la valeur numérique des traitements des fonctionnaires de l'Etat ainsi que des modalités de mise en vigueur de la loi du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. *n° 6458*) (faisant partie du «paquet réforme») a pour objet de transposer dans les textes actuels deux mesures spécifiques convenues dans ledit accord, dont notamment l'allocation d'une prime unique non pensionnable due pour l'année 2014. L'article 1er, paragraphe 2, alinéa 2, règle les droits au versement de la prime unique des agents qui quittent le service au cours de la période de référence proposée en écartant du bénéficie de cette prime les agents dont la fin des fonctions résulte de l'abandon caractérisé des fonctions (article 40, paragraphe 2, b) du Statut général). Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6458*[2]) s'est interrogé sur les raisons qui ont poussé les auteurs à écarter ces situations de l'application de la disposition proposée, notamment en ce que d'autres raisons, telles que la condamnation à la perte de la nationalité luxembourgeoise ou la perte des droits civils et politiques n'emporteraient pas la perte de l'avantage prévu. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé aux auteurs du texte de justifier que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, en ce qu'à défaut il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

3. Dans son deuxième avis complémentaire du 26 novembre 2013 relatif aux amendements gouvernementaux au projet de loi portant création d'un Centre de communications du Gouvernement (doc. parl. *n° 6075*[6]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé aux points b), c), d), e), f) et i) de l'amendement 6, qui entendaient introduire des mesures à caractère individuel en faveur de différents agents du Centre de communications du Gouvernement à créer. Il a rappelé à ce sujet que l'introduction de telles mesures prive les personnes concernées du bénéfice des règles de procédure normalement applicables en matière d'élaboration des décisions administratives, et leur enlève le droit de faire contrôler le caractère justifié d'une mesure administrative moyennant un recours juridictionnel effectif. Cette manière de procéder étant contraire au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, le Conseil d'Etat a demandé,

sous peine d'opposition formelle, aux auteurs de régulariser la situation des agents visés, en rédigeant des dispositions législatives à portée générale.

4. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 1er, point 6, d'ajouter un nouveau paragraphe 5 à l'article 1er du «statut des fonctionnaires» dont l'alinéa 3 prévoit que les postes d'employés à occuper dans la fonction publique, qu'ils soient à durée indéterminée ou à durée déterminée, seront publiés par la voie appropriée, à moins qu'il ne s'agisse d'accorder à un employé, qui se trouve déjà au service de l'Etat, un nouveau contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée ou de recruter un candidat de la liste de réserve de recrutement. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457³*) a relevé que cette disposition apporte une dérogation par rapport à l'obligation de publier les postes vacants auprès de l'Etat. Il a par ailleurs porté l'attention des auteurs sur le fait que la liste de réserve de recrutement contient quelque quatre mille candidatures et que la disposition proposée permettrait de ce fait, dans la quasi-totalité des cas, de faire abstraction de l'obligation de publication. Le Conseil d'Etat a souligné que la disposition proposée risque de porter atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics, dont l'obligation de publication est un corollaire, et partant également au principe d'égalité devant la loi inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé aux auteurs du texte de justifier que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, en ce qu'à défaut il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

5. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 3, point 3°, e), de modifier l'article 2, paragraphe 3, alinéa 6 du «statut des fonctionnaires» afin d'y insérer la disposition qui suit: «En cas d'incapacité de travail, le paiement de l'indemnité de stage est continué pour la moitié pendant une période maximale de six mois». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457³*) estimant que le fonctionnaire-stagiaire et le salarié se trouvent *a priori* dans des situation comparables, s'est rapporté à l'article 121-6 du Code du travail qui dispose en son paragraphe 3 que «Le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire … jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de douze mois de calendrier successifs», pour demander que la disposition proposée soit alignée sur celle précitée de l'article 126-6 du Code du travail. Il a porté l'attention des auteurs sur le fait que le traitement différent de situations par ailleurs comparables risque d'exposer la disposition sous avis au reproche

d'une rupture injustifiée de l'égalité devant la loi, inscrite à l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'Etat, à défaut d'arguments répondant aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, a réservé sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

6. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est ainsi proposée. En cas de risque d'atteinte aux principes de la neutralité ou de l'intégrité de l'administration, le paragraphe 2, alinéa 1er de ce nouvel article 15*bis* envisage que ce comité puisse «émettre une réserve concernant l'établissement de relations professionnelles entre l'entreprise en question et l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457[3]*), après avoir relevé le caractère flou de certaines notions auxquelles il est fait référence dans la disposition précitée – que faut-il en effet entendre par «entreprise en question» et comment le risque sera-t-il évalué? – s'est interrogé sur le contenu de la notion de «relations professionnelles» et notamment si cette notion englobe la passation de marchés publics. Le Conseil d'Etat, soulignant que, dans l'affirmative, pareille exclusion serait à ses yeux inconciliable avec le principe de non-discrimination régissant les marchés publics au niveau national et au niveau européen et avec l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique, a enjoint aux auteurs du projet de loi d'apporter des précisions concernant la notion de «relations professionnelles» en ce que, faute de quoi, et par référence au principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

7. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif des fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est ainsi proposée. En cas de risque d'atteinte aux principes de neutralité ou de l'intégrité de l'administration, le



paragraphe 2, alinéa 1er de ce nouvel article 15*bis* propose que ce comité puisse «émettre une réserve concernant l'établissement de relations professionnelles entre l'entreprise en question et l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire». Au cas où cette réserve ne serait pas respectée, il est proposé que le ministre du ressort puisse prononcer une amende d'ordre de 250 euros à 250.000 euros à l'encontre de l'ancien fonctionnaire et de l'entreprise concernés ou à l'un d'eux. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), constatant que le texte proposé ne prévoit que des sanctions à l'encontre de l'ancien fonctionnaire, a relevé que le fonctionnaire, qui, du côté de l'administration, a intentionnellement facilité ou permis l'établissement des relations professionnelles visées et qui est à ce titre co-auteur ou complice de l'acte répréhensible, échapperait à ces sanctions. Le Conseil d'Etat s'est dès lors demandé si le texte sous examen ne dénote pas une atteinte injustifiée au principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Dans l'attente des précisions supplémentaires, il s'est vu obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

8. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est ainsi proposée. Le nouvel article 15*bis* propose ainsi en son paragraphe 2, alinéa 2 qu'«En cas de risque d'une atteinte grave au principe de la neutralité ou de l'intégrité, le comité peut (…) émettre un avis d'incompatibilité entre les nouvelles activités et ses fonctions précédentes lorsqu'il cesse temporairement celles-ci. Dans ce cas, (…) lorsque le fonctionnaire bénéficie déjà d'un tel congé, l'autorité investie du pouvoir de nomination prononce la démission du fonctionnaire, à moins que ce dernier ne renonce à ces nouvelles activités». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]) a relevé concernant cette disposition que le fonctionnaire en activité de service qui en violation de ses obligations déontologiques exerce à côté du fonctionnariat une activité non autorisée et manifestement incompatible avec ses fonctions serait passible du droit disciplinaire, alors que le fonctionnaire temporairement en cessation d'activité se trouvant dans la même situation de fait serait révoqué en dehors de toute procédure disciplinaire. Le Conseil d'Etat estimant que cette différence de traitement porte atteinte au principe d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, a enjoint aux auteurs de montrer que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Dans l'attente des précisions supplémentaires, le

Conseil d'Etat s'est vu obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

9. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 19 l'insertion d'un nouvel article 16ter dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est de prévoir l'obligation pour le fonctionnaire, qui peut se prévaloir d'une ancienneté de dix ans au moins, en cas de cessation définitive des fonctions ou de cessation temporaire de ses fonctions pour une durée égale ou supérieure à quatre ans, de rédiger un rapport d'expérience professionnelle. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]) a relevé que tant le fonctionnaire qui change d'administration que celui qui est mis à la retraite pour cause d'invalidité (exception prévue par le texte proposé) échappent à la rédaction d'un tel rapport qui, selon le commentaire afférent à la disposition proposée, aurait pour but la transmission aux générations futures du savoir-faire de toute une vie active. Eu égard à la finalité poursuivie, le Conseil d'Etat a vu un traitement inégalitaire entre les fonctionnaires qui remplissent les conditions prévues par le texte et les autres fonctionnaires qui se trouvent objectivement dans une situation identique en ce qu'ils sont sur le point de quitter leur administration après y avoir acquis une certaine expérience et qui ne sont pas visés, l'inégalité de traitement consistant en ce que les uns sont soumis à l'obligation de rédiger un rapport d'expérience alors que les autres y échappent. Le Conseil d'Etat estimant que cette différence de traitement porte atteinte au principe d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, a sollicité les auteurs de montrer que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but conformément aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle. Dans l'attente des précisions supplémentaires, il s'est ainsi vu obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Le nouvel article 16*ter* envisage par ailleurs de sanctionner spécialement les fonctionnaires qui démissionnent de leurs fonctions qui peuvent prétendre à une pension ainsi qu'au trimestre de faveur prévu par la législation relative aux pensions des fonctionnaires lorsqu'ils n'établissent pas le rapport d'expérience professionnelle requis. Il est en effet prévu que le défaut d'établissement dudit rapport entraîne pour ces fonctionnaires la réduction d'un mois du trimestre de faveur. Le Conseil d'Etat, dans son avis précité, constatant que pareille sanction n'est pas prévue pour les fonctionnaires qui sont conformément aux dispositions du nouvel article 16*ter* astreints d'en rédiger un a soulevé que cette différence de traitement risque encore une fois de se heurter au principe d'égalité de traitement consacré par l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'Etat, à défaut d'arguments répondant aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement procède



de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, a ainsi réservé sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel également concernant cette disposition du nouvel article 16*ter*.

10. L'article 65 du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat; 2) la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans des administrations et services de l'Etat (doc. parl. *n° 6457*) tend à compléter l'article 1er de la loi précitée du 9 décembre 2005 par un cinquième alinéa aux termes duquel «Les agents nommés aux fonctions de chef d'état-major, de directeur général de la Police ou de directeur du Service de renseignement peuvent être révoqués de leurs fonctions avec effet immédiat et sans autre forme de procédure. Les décisions prises au sens du présent alinéa sont sans recours devant les juridictions administratives». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]) a fait valoir à l'égard de cette disposition que la procédure de révocation proposée se caractérise par l'absence en amont de la décision de révocation de toute garantie procédurale, y compris celle de la procédure administrative non contentieuse, et par l'absence en aval de la décision de révocation de tout recours juridictionnel. Il a souligné que l'article 10*bis* de la Constitution, qui consacre le principe d'égalité devant la loi, s'oppose à ce que certains fonctionnaires soient soustraits aux garanties légales accordées aux autres. Il a en conséquence invité les auteurs à fournir des arguments de nature à réfuter les approches de rupture injustifiée du principe d'égalité devant la loi en ce qu'à défaut il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

11. L'article 6 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois (…) (doc. parl. *n° 6460*[1]) tend à compléter la loi précitée du 3 août 1998 par un article 13*bis* dont l'objet est l'introduction du départ en retraite progressive. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6460*[3]) a critiqué que le projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*) vise pareillement en son article 7 l'introduction de la notion de retraite progressive en proposant toutefois un dispositif qui est divergeant à certains égards. Le Conseil d'Etat a attiré l'attention des auteurs sur le fait que cette situation engendre une source d'insécurité juridique et risque par ailleurs d'entraîner une rupture d'égalité entre deux catégories de fonctionnaires, l'une soumise au régime spécial, l'autre soumise au régime transitoire, mais qui se trouvent dans des situations comparables.

L'article 13*bis* prévoit en son alinéa 1er que la retraite progressive n'est accordée qu'au fonctionnaire bénéficiant d'un maintien en service au-delà de soixante-cinq ans. Eu égard à cette condition, le Conseil d'Etat s'est demandé si le fonctionnaire ayant droit à une pension de vieillesse doit d'abord demander un maintien en service au-delà de soixante-cinq ans avant de pouvoir opter, avec l'accord du chef d'administration, en faveur de la retraite progressive. Il s'est ensuite interrogé sur la situation du fonctionnaire ayant droit à une retraite anticipée qui apparemment serait écarté de l'application de ce nouveau régime. Concernant l'alinéa 6 du nouvel article 13*bis*, qui prévoit que les dispositions anti-cumul de l'article 12, alinéa 3 de la loi précitée du 3 août 1998 ne s'appliquent pas au revenu professionnel provenant du traitement dans le cadre d'un départ progressif à la retraite, le Conseil d'Etat a relevé que pour un salarié du secteur privé tout revenu dépassant le tiers du salaire minimum provoque l'application des dispositions anti-cumul. Il a dès lors souligné que, tant que les salariés du secteur privé ne disposent pas de dispositions semblables en matière de retraite progressive que le projet de loi entend introduire pour la fonction publique, il reste un doute sur d'éventuels recours juridiques en matière d'égalité de traitement. Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au texte proposé eu égard aux nombreux problèmes de sécurité juridique auxquels il donne lieu et eu égard au traitement inégal de situations comparables qu'il comporte.

Accès à une activité réglementée

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 octobre 2013 sur le projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*[3]), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 2 du projet de loi qui réserve l'activité de prestataire de services de dématérialisation et de conservation aux seules personnes morales. Il a fait valoir que le fait d'écarter les personnes physiques de l'exercice de cette activité se heurte aux exigences de l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'Etat n'a pas compris l'objectif poursuivi par cette restriction. Il a estimé qu'une personne physique peut très bien exercer sous son propre nom l'activité professionnelle de prestataire de services certifié au sens de la loi en projet.

Aides financières de l'Etat pour études supérieures

1. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) définit en son article 5 les différentes catégories de bourses dont peut bénéficier l'étudiant. Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670*[4]), le Conseil d'Etat a relevé que le libellé du point 3 relatif aux bourses sur critères sociaux ne vise que l'étudiant qui

dépend de personnes ayant une obligation d'entretien envers lui. D'après le texte en projet, l'étudiant autonome, indépendant de ses parents qui n'ont pas d'obligation alimentaire envers lui, et qui ne dispose pas d'un revenu propre dépassant le seuil fixé à l'article 12 du projet de loi, est exclu. En l'absence d'arguments susceptibles de justifier la disparité ainsi envisagée, cadrant avec le principe de l'égalité prévu à l'article 10*bis* de la Constitution, le Conseil d'Etat a annoncé qu'il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat. Le texte proposé à l'endroit de l'amendement 8 se réfère au revenu total annuel du ménage dont fait partie l'étudiant, et répond ainsi aux interrogations du Conseil d'Etat relatives à la situation financière des personnes ayant une obligation d'entretien envers l'étudiant, de même que celles ayant trait à la situation de l'étudiant indépendant de ses parents, de l'étudiant marié ou ayant contracté un partenariat déclaré.

2. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) a été complété par une série d'amendements gouvernementaux transmis au Conseil d'Etat le 27 mai 2014.

Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670*[4]), le Conseil d'Etat a constaté que la nouvelle catégorie de bourse familiale introduite par l'amendement 3 est attribuée indépendamment des revenus des parents. Il a relevé que cette bourse se rapproche de la bourse de base, dont elle constitue en fait une majoration, accessible à l'étudiant ayant un ou plusieurs frères ou sœurs poursuivant des études supérieures. Le Conseil d'Etat s'est demandé si cette mesure, qui fait une différenciation sur base de la situation familiale d'un étudiant, remplit les critères de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité auxquels doivent répondre les dérogations au principe d'égalité devant la loi.

Il a également fait valoir que le libellé proposé ne définit pas avec précision les bénéficiaires de cette bourse. Le libellé du nouveau paragraphe 4 de l'article 5 désigne en effet comme bénéficiaire l'étudiant ayant un ou plusieurs frères ou sœurs tombant sous le champ d'application de la loi sous examen. Le Conseil d'Etat a relevé que la disposition omet de préciser si des enfants issus d'un même couple ou également des enfants ayant un seul parent commun sont visés et si ces enfants doivent faire partie d'un ménage commun. A défaut de réponses adéquates aux questions soulevées, le Conseil d'Etat a annoncé qu'il ne serait pas en mesure d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

3. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) prévoit dans son article 9 des dispositions anti-cumul, tendant à éviter que l'aide financière accordée sur base de la loi en projet soit cumulable avec d'autres avantages financiers visés aux points a) à c). Le point c) de l'article 9 en projet établit notamment une règle de non-cumul de l'aide financière avec les bourses «AFR-aide à la formation recherche».

Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670*[4]), le Conseil d'Etat a précisé que, selon la loi du 19 août 2008 relative aux aides à la formation recherche, le terme «aides à la formation-recherche» regroupe deux formes d'allocation de ces aides. En effet, selon l'article 1er, paragraphe 9 de cette loi, l'aide à la formation-recherche est versée soit directement au chercheur en formation sous forme d'une «bourse de formation recherche», soit à un établissement d'accueil sous forme de subvention de formation-recherche dans le cadre d'un «contrat de formation recherche». Le Conseil d'Etat a relevé que la règle anti-cumul établie au point c) de l'article 9 en projet ne vise que la première hypothèse. Le Conseil d'Etat n'a pas pu se déclarer d'accord avec cette approche des auteurs du projet de loi, en ce que la disposition proposée, outre d'interdire le cumul de deux aides dont la nature et la finalité sont différentes, instaure par ailleurs une différence de traitement entre les bénéficiaires de la bourse de formation recherche et ceux de la subvention de formation recherche qui sont des aides à la formation-recherche qui ne diffèrent que par la seule forme de leur allocation. Le Conseil d'Etat s'est dès lors opposé formellement à la disposition reprise au point c) de l'article 9 de la loi en projet.

Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

Exonérations fiscales

Le point 2 de l'article 12 du projet de loi relatif 1) au titre d'artiste 2) aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle 3) à la promotion de la création artistique (doc. parl. *n° 6612*) propose d'exonérer de l'impôt sur le revenu les aides dont peuvent bénéficier certains artistes professionnels indépendants et intermittents de spectacle. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6612*[3]) relatif au projet de loi précité, a fait valoir à cet égard que la loi fiscale dispose en général que les aides publiques en relation avec l'activité professionnelle du contribuable suivent le même traitement fiscal que les revenus professionnels proprement dits. Tout en notant l'entorse à ce principe par la disposition précitée, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la cohérence entre les dispositions prévues aux points 1 et 2 de l'article 12. En effet, tandis que la première disposition exonère certains prix accordés en dehors de l'activité professionnelle du bénéficiaire, la seconde exonère des revenus à caractère professionnel



ayant leur source dans des aides publiques. Le Conseil d'Etat a relevé que le traitement différent de situations par ailleurs comparables par rapport à d'autres aides à caractère social (comme par exemple l'indemnité complémentaire visée à l'article L. 523-1 du Code du travail) risquerait d'exposer la disposition sous examen au reproche d'une rupture injustifiée de l'égalité devant la loi, inscrite à l'article 10*bis* de la Constitution. A défaut d'arguments répondant aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'Etat a réservé sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

Aides financières en faveur de l'éducation

1. Les amendements gouvernementaux du 2 août 2013 relatifs au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse (doc. parl. *n° 6410*) entendent introduire, par l'amendement 7, les articles 22 à 30 nouveaux à la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse en vue d'autoriser l'Etat à accorder une aide financière appelée «chèque-service accueil» dont l'objet est d'offrir des services d'éducation non formelle aux enfants résidents au Luxembourg, qui seront «les bénéficiaires» de cette aide.

   Dans son avis complémentaire du 6 mai 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6410*[11]), le Conseil d'Etat a relevé que la notion de «rang de l'enfant», au dernier alinéa de l'article 22, sous c. et aux articles 23 et 26, est un des critères pris en considération pour déterminer le montant du «chèque-service accueil». Il a également noté qu'au dernier alinéa du paragraphe 1er de l'article 23 de la loi en projet, les auteurs définissent le rang du bénéficiaire, c'est-à-dire de l'enfant, comme celui correspondant au rang défini aux articles 270 et suivants du Code de la sécurité sociale. Le Conseil d'Etat a toutefois constaté que cet article ne définit pas la notion de «rang de l'enfant» dans une fratrie, mais détermine les critères servant à déterminer la notion de «groupe familial» dans le cadre de l'attribution des allocations familiales. Il est en effet prévu au paragraphe 2 de l'article 270 du Code de la sécurité sociale que «sont considérés comme appartenant à un même groupe familial, pour autant qu'ils remplissent les conditions d'octroi des allocations familiales, tous les enfants légitimes ou légitimés issus des mêmes conjoints, ainsi que tous les enfants adoptés par les mêmes conjoints en vertu d'une adoption plénière», les autres paragraphes de l'article réglant des situations d'exception.

   Le Conseil d'Etat a par ailleurs observé qu'à aucun endroit de l'article 270 du Code de la sécurité sociale, le terme de «rang de l'enfant» n'est utilisé. Eu égard à cette incohérence, le Conseil d'Etat n'a dès lors pas pu se déclarer d'accord avec la notion retenue par les auteurs du texte.

Il a encore été d'avis que, dans la mesure où «rang» signifie «rang de préférence», tant l'article 1er du Protocole 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui impose aux Etats signataires de garantir la jouissance de tout droit prévu par la loi sans discrimination aucune fondée notamment sur la naissance, que l'article 10*bis* de la Constitution luxembourgeoise, qui prohibe tout traitement inégalitaire, ne sont pas respectés.

Le Conseil d'Etat a dès lors demandé, sous peine d'opposition formelle, dans l'hypothèse où le législateur entend maintenir l'approche d'une aide financière variant avec l'étendue du groupe familial, de remplacer la notion de «rang de l'enfant» par celle de «groupe familial auquel appartient l'enfant bénéficiaire».

2. Les amendements gouvernementaux du 2 août 2013 relatifs au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse (doc. parl. *n° 6410*) entendent introduire, par l'amendement 7, les articles 22 à 30 nouveaux à la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse.

A l'article 23 du projet de loi précité, le paragraphe 1er prévoit en son alinéa 2 qu'est considéré comme revenu, en vue de la détermination du montant du chèque-service accueil, le «revenu imposable selon la loi fiscale». Dans son avis complémentaire du 6 mai 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6410*[11]), le Conseil d'Etat a suggéré qu'il y a lieu de faire abstraction du bout de phrase «selon la loi fiscale», alors que l'impôt sur le revenu est toujours calculé selon les lois fiscales. Il a par ailleurs fait valoir que ce bout de phrase est susceptible de donner lieu à plusieurs interprétations: s'agit-il en effet de la loi fiscale du Grand-Duché de Luxembourg ou de toute loi fiscale généralement quelconque qui est ainsi visée?

Le Conseil d'Etat a toutefois conclu que le bout de phrase «selon la loi fiscale» visé à l'alinéa 2 précité doit nécessairement viser la loi fiscale luxembourgeoise, en ce que, dans l'hypothèse contraire, l'alinéa 3 du paragraphe 1er de l'article 23 en projet, qui traite de manière séparée la situation des fonctionnaires et agents européens ou travaillant pour le compte d'une institution internationale, serait sans aucune utilité.

Le Conseil d'Etat a finalement relevé que l'alinéa 3 du paragraphe 1er de l'article 23 crée une disparité de traitement, qui joue en défaveur des fonctionnaires et agents européens ou travaillant pour le compte d'une institution internationale résidant dans le pays par rapport aux personnes imposées sous l'emprise de la loi fiscale luxembourgeoise, et donc une inégalité devant la loi. En effet, en vertu de l'alinéa 3, le revenu de ces parents à prendre en considération pour le calcul du chèque-service accueil serait le montant du traitement, salaire ou émolument perçu, majoré des sommes et indemnités forfaitaires ou



non représentant la compensation des charges supportées en raison des fonctions exercées et des allocations familiales ou de foyer; montant duquel sont déduites, en contribution à verser à la Caisse de maladie, les contributions à la Caisse de pension et la contribution à verser au titulaire de l'assurance-accident. Le Conseil d'Etat a dès lors exigé, sous peine d'opposition formelle, qu'il soit fait abstraction de l'alinéa 3 du paragraphe 1er de l'article 23 en projet.

Représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les conseils d'administration des établissements publics

Les amendements parlementaires du 24 février 2014 (doc. parl. *n° 6420*[9]) relatifs au projet de loi modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public; modifiant la loi modifiée du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg (doc. parl. *n° 6420*) proposent l'introduction d'une disposition en vertu de laquelle «la proportion des membres du conseil d'administration de chaque sexe ne peut être inférieure à quarante pour cent». Cette disposition répond à la volonté exprimée dans le programme gouvernemental de la coalition issue des élections législatives anticipées du 20 octobre 2013 conformément à laquelle «le Gouvernement garantira la promotion d'une représentation équilibrée entre femmes et hommes au sein des conseils d'administration des établissements publics. Le Gouvernement entend aboutir à une représentation de 40% du sexe sous-représenté jusqu'en 2019 dans ces conseils d'administration». Le Conseil d'Etat dans son troisième avis complémentaire du 6 mai 2014 (doc. parl. *n° 6420*[10]) relatif au projet de loi précité s'est de manière générale exprimé en faveur d'une solution qui consisterait dans l'adoption d'une loi générale réglant globalement pour tous les établissements publics cette question de représentation au sein des organes décisionnels, plutôt que de procéder par des modifications isolées de chaque loi relative à un établissement public. Cette manière de procéder éviterait en effet toute discussion ultérieure concernant le principe de l'égalité devant la loi et préviendrait par ailleurs l'omission de dispositions similaires lors de l'élaboration d'autres textes de loi.

Archivage électronique

L'article 15 du projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*) tend à conférer aux copies et originaux numériques créés et conservés par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés depuis 2002 le statut de copies et originaux numériques conformes à la loi en projet, afin d'éviter que le gestionnaire ne soit pas obligé de refaire le travail de numérisation réalisé depuis plus de dix ans. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6543*[3]), tout en souscrivant aux considérations des auteurs, a exigé, sous peine d'opposition formelle, que les conditions

(allégées) d'une certification *ex post* de la conformité du travail accompli soient prévues dans la loi et cela tant pour le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés que pour tous autres prestataires se trouvant éventuellement dans une situation similaire, afin que soient respectées les exigences de l'article 10*bis* de la Constitution.

Droit des sociétés

Le projet de loi portant autorisation de l'aliénation de trois immeubles administratifs en vue de leur location et de leur rachat (doc. parl. *n° 6631*) dispose dans son article 2 que «Le Gouvernement est autorisé à donner des garanties pour défendre, indemniser et protéger la société anonyme unipersonnelle et les autres intervenants, y compris leurs administrateurs, dirigeants et employés contre toute perte, tout frais, tout dommage, tout coût, y compris les droits d'enregistrement, toute dépense, y compris les frais judiciaires, ou toute exposition à un risque qui découlerait du bail, du compromis de vente, de la convention de cession, de la convention de rachat ou, de manière générale, de l'usage et de la location des immeubles». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 11 mars 2014 (doc. parl. *n° 6631[1]*), s'est formellement opposé à cette garantie qu'il a estimée être contraire au principe d'égalité devant la loi inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Il a en effet souligné qu'une telle garantie est contraire au droit commun des sociétés (loi modifiée du 10 août 1915) et va même beaucoup plus loin que le régime établi par la loi modifiée du 25 juillet 1990 concernant le statut des administrateurs représentant l'Etat ou une personne morale de droit public dans une société anonyme.

2) Légalité des incriminations et des peines

1. L'article 8 du projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute et modifiant 1) le Code de la sécurité sociale; 2) la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; 3) la loi du 19 juin 2009 ayant pour objet la transposition de la directive 2005/36/CE pour ce qui est a) du régime général de reconnaissance des titres de formation et des qualifications professionnelles, b) de la prestation temporaire de service (doc. parl. *n° 6578*) a pour objet de soumettre la profession du psychothérapeute à l'action déontologique du Collège médical et de charger en conséquence ce dernier d'élaborer, en collaboration avec le Conseil scientifique de psychothérapie, un code de déontologie.

   Dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6578[3]*), le Conseil d'Etat a noté que les règles déontologiques ainsi fixées ne le sont pas en vertu d'une loi, mais d'un règlement grand-ducal, et que ces règles exposent le psychothérapeute à des poursuites disciplinaires. Le Conseil d'Etat a dès lors attiré l'attention des auteurs sur l'article 14 de la Constitution

aux termes duquel «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi» qui s'applique en vertu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle également en matière disciplinaire.[7]

L'article 14 précité consacre le principe de la légalité des peines et, à titre corollaire, également celui de la légalité des incriminations, ce qui signifie que tant l'établissement de la peine que la spécification des infractions sont des matières réservées par la Constitution à la loi formelle dans lesquelles le pouvoir réglementaire du Grand-Duc n'est habilité à intervenir que dans la mesure où les exigences de l'article 32(3) de la Constitution sont remplies. Le Conseil d'Etat a dès lors exigé que la loi formelle spécifie les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles un règlement grand-ducal peut intervenir. Constatant que l'article 8 n'énonce ni les conditions ni les modalités de l'établissement, de la mise en place et de l'exécution du code de déontologie à respecter par le psychothérapeute, le Conseil d'Etat s'y est opposé formellement.

2. Le projet de loi instaurant un système de contrôle et de sanctions relatif aux denrées alimentaires (doc. parl. *n° 6614*) prévoit en son article 15 des sanctions pénales. Dans son avis du 11 juillet 2014 relatif au projet de loi précité, le Conseil d'Etat a relevé qu'en fixant la fourchette pour une amende de 251 à 500.000 euros, la précision suffisante de la peine n'est pas garantie. En effet, même si le législateur peut fixer librement le taux maximum de l'amende des peines correctionnelles et criminelles, ce taux ne saurait toutefois être démesuré par rapport au taux minimum retenu.

   Le Conseil d'Etat s'est en conséquence opposé formellement au texte de l'article 15 du projet de loi, en exigeant en application du principe de la proportionnalité des peines, qui implique que l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction, que le degré de gravité des différents types d'infraction et la peine qui en résulte soient précisés, afin d'assurer le respect de l'article 49, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dispose que «l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction».

3. L'alinéa 2 de l'article 28, introduit par l'article 10 du projet de loi modifiant la loi du 12 mai 2009 portant création d'une Ecole de la 2e Chance (doc. parl. *n° 6629*), prévoit que les apprenants de l'Ecole de la 2e Chance dont le taux d'absence est supérieur à dix pour cent du total des leçons obligatoires prévues pour l'année scolaire doivent, sur décision du directeur, quitter l'Ecole.

---

7 Cour constitutionnelle, Arrêts 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004, Mém. A n° 201 du 23 décembre 2004, p. 2960. Dans le même sens, voir aussi Cour constitutionnelle, Arrêts 41/07, 42/07 et 43/07 du 14 décembre 2007, Mém. A n° 1 du 11 janvier 2008, pp. 2 à 8.

Comme cette mesure, qui prend la forme d'une sanction, relève d'un caractère disciplinaire et que le projet de loi prévoit en son article 11 une mise en vigueur rétroactive, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition précitée en vertu du principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution, qui implique le principe de la non-rétroactivité des peines.[8]

4. Les amendements parlementaires concernant le projet de loi renforçant la traite des êtres humains dont le Conseil d'Etat a été saisi le 15 janvier 2014 visent à ajouter le trafic d'enfants parmi les actes répréhensibles au titre de l'article 382-1, paragraphe 1er incriminant la traite des êtres humains. Dans son avis du 4 février 2014 (doc. parl. *n° 6562⁴*), le Conseil d'Etat a souligné que cette modification est source d'incohérence, en ce que l'article 382-2 du Code pénal érige l'hypothèse de la traite des êtres humains commise envers des enfants en circonstance aggravante de l'infraction incriminée à l'article 382-1 du Code pénal. La minorité ne saurait en effet être à la fois un élément constitutif de l'infraction et une condition aggravante de celle-ci. Dans le respect de la légalité des délits et dans un souci de cohérence et de logique des dispositions pénales et de sécurité juridique, le Conseil d'Etat a en conséquence demandé sous peine d'opposition formelle de faire abstraction de l'extension de l'incrimination de l'infraction de la traite des êtres humains telle que proposée par les auteurs.

5. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 12 d'insérer à l'endroit de l'article 9, paragraphe 1er du statut général un nouvel alinéa 3 obligeant le fonctionnaire à se conformer «aux valeurs essentielles de la Fonction publique et aux règles déontologiques régissant l'exercice de ses fonctions», et de créer en même temps la base légale pour un règlement grand-ducal appelé à fixer les règles déontologiques dans la fonction publique. Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457³*), le Conseil d'Etat a d'abord fait valoir que le fait pour un fonctionnaire de contrevenir aux règles déontologiques l'expose à des poursuites disciplinaires. Il a ensuite renvoyé à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, en vertu de laquelle «en droit disciplinaire, la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles de base» dont, par voie de conséquence, également celles découlant du principe de la légalité des incriminations, inscrit à l'article 14 de la Constitution. Il a précisé qu'en vertu de l'article 14 précité, tant l'établissement de la peine que la spécification des infractions sont des matières réservées à la loi formelle entraînant que le pouvoir réglementaire du Grand-Duc ne saurait intervenir dans ces matières que dans la mesure où les exigences de l'article 32(3) de la

---

8 Cour constitutionnelle, Arrêt 12/02 du 22 mars 2002, Mém. A n° 40 du 12 avril 2002, p. 672.

Constitution sont remplies. La loi formelle devra par conséquent spécifier les fins, les conditions et les modalités dans lesquelles le règlement grand-ducal envisagé peut intervenir. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition sous examen en proposant par ailleurs de maintenir les règles relatives à la déontologie dans la loi formelle.

6. L'article 7 du projet de loi a. concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (UE) N° 649/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux; b. abrogeant la loi du 28 mai 2009 concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) N° 689/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux entend fixer de manière générale les sanctions pénales applicables pour réprimer les infractions aux différentes dispositions du règlement auxquelles il renvoie d'une peine d'emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 251 à 500.000 euros (doc. parl. *n° 6572*). Le Conseil d'Etat a observé dans son avis du 22 octobre 2013 sur le projet précité (doc. parl. *n° 6572⁴*) que, d'après la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine appelle une définition claire des agissements incriminés et la précision du degré de répression se rapportant à ces agissements afin d'exclure l'arbitraire et de permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements incriminés ainsi que la peine qui s'y rattache. Il a dès lors fait valoir qu'en fixant la fourchette pour une amende de 251 à 500.000 euros, la spécification de l'incrimination et de la peine n'est pas garantie, en ce que le taux maximum ne saurait être démesuré par rapport au taux minimum retenu. En application du principe de la proportionnalité des peines, le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle que le degré de gravité des différents types d'infraction et la peine qui en résulte soient précisés, afin d'assurer le respect de l'article 49, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dispose que «l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction». Les amendements parlementaires soumis pour avis au Conseil d'Etat en date du 28 février 2014 (doc. parl. *n° 6572⁵*) ont répondu à l'opposition formelle que le Conseil d'Etat avait émise dans son avis du 22 octobre 2013. Dans son avis complémentaire du 25 mars 2014 (doc. parl. *n° 6572⁶*), le Conseil d'Etat a donc pu lever l'opposition formelle qu'il avait formulée.

7. Le projet de loi relatif à la mise en application du règlement (CE) n° 1069/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux et produits dérivés non destinés à la consommation humaine (…) (doc. parl. *n° 6672*) énumère en son article 11 les articles du règlement (CE) no 1069/2009 précité et du règlement

(CE) no 142/2011 de la Commission du 25 février 2011 dont la violation est susceptible de constituer une infraction pénale. Selon la gravité de l'infraction, une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et une amende de 251 à 500.000 euros, ou d'une de ces peines seulement, peut être encourue. Dans son avis du 20 mai 2014 (doc. parl. *n° 6672*[1]), le Conseil d'Etat a d'abord rappelé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle aux termes de laquelle le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et pour permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables ainsi que la peine qui s'y rapporte. Il a en outre souligné qu'une simple énumération des articles desdits règlements européens dont la violation est susceptible d'une infraction pénale ne permettra pas au justiciable de déterminer avec facilité quelles sont les actions répréhensibles aux termes de la loi en projet. Il s'est formellement opposé à cette manière de faire et a dès lors demandé aux auteurs de réexaminer les renvois en question ou d'indiquer avec précision les agissements répréhensibles.

8. Le projet de loi déterminant le régime des sanctions applicables en cas de violation des dispositions du règlement (UE) n° 181/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar; (…) (doc. parl. *n° 6695*) énumère en son article 2 les articles du règlement européen précité dont l'inobservation est sanctionnée. Dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6695*[2]), le Conseil d'Etat a constaté que certains articles auxquels il est renvoyé à l'article 2 ne contiennent aucune obligation sanctionnable à charge des intervenants visés. Il a rappelé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle aux termes de laquelle le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et pour permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables ainsi que la peine qui s'y rapporte. Il s'est d'autre part demandé si les sanctions prévues à l'article 2 du projet de loi sont à considérer comme effectives, proportionnées et dissuasives, tel qu'exigé par l'article 31 du règlement (UE) n° 181/2011 précité. Le Conseil d'Etat a dès lors exigé, sous peine d'opposition formelle, que la liste des articles visés soit revue et que les agissements répréhensibles soient précisés.

9. L'article 4, point c) du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*) interdit la fabrication des produits chimiques du tableau 1, sauf si cette fabrication est réalisée à des fins autorisées et dans une installa-

tion autorisée par l'Autorité nationale conformément aux règlements d'application de la présente loi. Le sous-point 4) c) i) admet toutefois que des règlements d'application de la loi en projet puissent prévoir des exceptions à l'interdiction prévue dont la violation est pénalement sanctionnée à l'article 26, si elles interviennent dans le strict respect de la Convention. Le sous-point 4) c) ii) prévoit enfin que des règlements d'application de la loi «peuvent identifier, dans le strict respect de la Convention, d'autres activités impliquant des produits chimiques du tableau 1 ne pouvant être menées que dans des installations autorisées».

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490*[1]), s'est formellement opposé aux dispositions des sous-points i et ii de l'article 4, point c) en ce qu'il est contraire à l'article 14 de la Constitution, qui consacre le principe de la légalité des incriminations, de fixer l'étendue de sanctions pénales par voie réglementaire.

10. L'article 25 du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*), dispose en son paragraphe 1er que «les personnes morales et les personnes physiques concernées par les dispositions de la présente loi peuvent être sanctionnées par l'autorité nationale au cas où: – Elles ne respectent pas la présente loi et les règlements qui leur sont applicables (…)». Dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490*[1]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition qui se heurte au principe de la légalité des incriminations et des peines inscrit aux articles 12 et 14 de la Constitution. Il a exigé que le renvoi à «la présente loi» et aux termes impropres de «règlement qui leur sont applicables» soit remplacé par un renvoi aux articles précis de la loi. Le Conseil d'Etat, en se référant à son avis du 31 janvier 2012 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl. *n° 6316*[4]), a encore souligné que la disposition pose un problème au regard du principe de la proportionnalité des peines et concernant l'exigence de préciser les peines par rapport au type d'infraction.

11. L'article 25, paragraphe 2, point d) du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*), dispose que l'autorité nationale peut prononcer une «interdiction limitée dans le temps ou définitive». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490*[1]), s'est opposé formellement à cette disposition. En effet, l'interdiction étant limitée dans le temps, sa durée maximale doit être précisée en vertu du principe de légalité des incriminations et des peines.

3) Inviolabilité du domicile (articles 15 de la Constitution et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

L'article 9 du projet de loi amendé portant réglementation de l'activité d'assistance parentale et portant abrogation de la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale (doc. parl. *n° 6409*[6]) dispose que pour les besoins de l'instruction de la demande d'agrément en tant qu'assistant parental que les agents ou services mandatés par le ministre procèdent à une visite sur les lieux, et qu'«en cas de refus par le requérant d'admettre les agents ou services mandatés par le ministre à une visite des lieux, ces derniers peuvent se faire donner main-forte par les agents de la police grand-ducale pour avoir accès aux lieux».

Dans son avis complémentaire du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6409*[10]), le Conseil d'Etat a d'abord fait valoir que dans le cadre de l'assistance parentale, les contrôles prévus à l'article 9 relèvent de la police administrative en ce que les mesures prévues en cas de refus d'admettre les agents ou services mandatés par le ministre au domicile et consistant dans le rejet, voire dans le retrait de la demande d'agrément, sont de nature purement administrative. Il en a conclu que les règles du Code d'instruction criminelle relatives aux visites domiciliaires, en vertu d'un mandat du juge d'instruction en matière répressive, ne sont dès lors pas applicables.

Le Conseil d'Etat a ensuite rappelé que le domicile bénéficie de la protection des articles 15 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui posent le principe de l'inviolabilité du domicile, sauf les cas prévus par la loi conformément aux conditions qu'elle prescrit.

Il a dès lors renvoyé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de laquelle il appartient au législateur de prévoir l'établissement d'un mandat préalable par le juge judiciaire, auquel il incombe de vérifier si les mesures envisagées ne sont pas arbitraires ou disproportionnées, sinon de définir les restrictions et les conditions dans lesquelles les visites domiciliaires et les saisies peuvent avoir lieu, en veillant à ce que l'ingérence dans les droits des personnes soit étroitement proportionnée au but légitime recherché.

Concernant la visite domiciliaire prévue à l'article 9 précité, le Conseil d'Etat a considéré qu'elle ne respecte pas le critère de la proportionnalité, alors que le fait de refuser l'accès au domicile servant à l'exercice de l'activité d'assistant parental a seulement pour effet d'empêcher de vérifier si les conditions de l'agrément se trouvent toujours réunies. La conséquence de ce comportement sera pour l'administré le retrait de l'agrément. Il n'est dès lors pas nécessaire de prévoir un accès aux lieux à l'aide des agents de la police grand-ducale pour examiner si les conditions

sont données pour adopter une telle mesure administrative. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au libellé de l'article 9 du projet de loi amendé en ce qu'il est contraire aux articles 15 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.[9]

4) Voies de recours

Procès équitable

Protection des droits de la défense

Le Conseil d'Etat a souligné dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6518[1A]*) concernant le projet de loi portant 1) introduction de la transaction en matière pénale et 2) modification du Code d'instruction criminelle, à l'endroit des considérations générales de cet avis, en se référant notamment aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1980 dans l'affaire *Deweer c. Belgique*, requête n° 6903/75, et du 5 octobre 2006 dans l'affaire *Sodadjew c. Bulgarie*, requête n° 58733/00, que les garanties de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont appelées à trouver application en matière de transaction pénale. Cette observation concerne notamment le nouvel article 565 du Code d'instruction criminelle qui énonce les détails que doit contenir l'acte de transaction élaboré et qui prévoit entre autres que l'acte de transaction «énumère tous les faits visés par la transaction (…)». Le Conseil d'Etat dans son avis précité a relevé que l'article 565 omet de préciser comment la personne poursuivie, qui peut être l'auteur de la proposition de transaction, prend connaissance des faits mis à sa charge. Il a souligné qu'il faudra dès le départ une information complète de la personne poursuivie de la part du parquet et portant d'abord sur l'existence de l'action publique, puis sur les faits à sa base, ce qui implique qu'il faudrait dans le texte une disposition garantissant l'accès au dossier à la partie poursuivie, disposition qui fait toutefois défaut. Aux termes de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la personne poursuivie doit en effet avoir accès au dossier dès le début de la procédure. Ce droit n'étant pas garanti, le Conseil d'Etat a émis une opposition formelle à l'endroit dudit article 565.

---

9 En ce sens: L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans son avis complémentaire du 25 mars 2014 (doc. parl. *n° 6555[3]*) à l'endroit de l'article I, point 16° du projet de loi portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe (doc. parl. *n° 6555*), qui vise à modifier l'article L. 551-3, paragraphe 2, alinéa 2 du Code du travail, qui ne pose aucune limite quant aux pouvoirs des «agents dûment mandatés» qui «peuvent accéder librement aux établissements, locaux et lieux de travail».

Protection des droits des administrés

Le projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif; 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives propose en son article 1er, point 1) de compléter l'article 2 de la loi précitée du 7 novembre 1996 par un paragraphe 5 nouveau aux fins d'introduire le mécanisme de la «boucle administrative» en droit luxembourgeois. Ce mécanisme, qui s'inscrit dans un objectif d'accélération et de simplification des procédures administratives, entend autoriser le juge administratif, dans le cadre d'un recours en annulation, à «ordonner à une autorité administrative de corriger ou de faire corriger le vice constaté moyennant prise d'une nouvelle décision administrative». Si le Conseil d'Etat dans son avis du 6 mai 2014 (doc. parl. *n° 6563B*[2]) a pu souscrire à l'objectif visé, il a toutefois ponctué que la nouvelle procédure ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux droits des administrés et des justiciables. Le Conseil d'Etat a en effet constaté que la disposition précitée soulève quelques difficultés majeures. Il s'est notamment demandé qui est l'autorité administrative à qui le juge peut ordonner de corriger ou de faire corriger le vice constaté. Il n'est en effet pas précisé si cette autorité est un organisme administratif, tels l'Etat, une commune ou encore un établissement public, ou si c'est un organe au sein d'un tel organisme administratif, à l'origine de la décision objet du recours, qui est visé. Concernant les vices susceptibles de correction, le Conseil d'Etat a souligné que l'incompétence de l'auteur de la décision ne saurait être un vice susceptible d'être redressé par le mécanisme de la boucle administrative en ce que la nouvelle décision à prendre pourrait varier sur le fond par rapport à la décision viciée pour incompétence de son auteur. Il a en effet relevé que le libellé proposé n'exclut pas que la décision viciée puisse être remplacée par une nouvelle décision, contraire à celle à l'origine du recours, ce qui aurait pour effet de poser des problèmes tant au regard du principe de la sécurité juridique que de celui de la légalité. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à la disposition proposée en faisant de manière générale valoir que la mise en œuvre du mécanisme de la boucle administrative ne saurait pouvoir être admise à chaque fois que l'effacement du vice, qui affecte la décision initiale, est susceptible d'avoir une incidence sur le contenu de l'acte.

Recours en pleine juridiction

1. L'article I, point 16° du projet de loi portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe (doc. parl. *n° 6555*), qui vise à modifier l'article L. 551-3, paragraphe 2 du Code du travail, dispose que «l'employeur qui, sans y être autorisé par la Commission mixte, refuse d'opérer le reclassement professionnel interne, est tenu de verser une taxe de compensation au Fonds pour l'emploi».

Dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6555*[3]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la teneur du paragraphe 2 de l'article L. 551-3 du Code du travail, en ce qu'un recours en réformation fait défaut. En effet, après avoir considéré que la sanction financière prévue par l'article L. 551-3, paragraphe 2 du Code du travail constitue une sanction administrative, le Conseil d'Etat a rappelé que, suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Silvester's Horeca Service c/ Belgique* du 4 mars 2004, les sanctions administratives considérées comme peines doivent prévoir la possibilité d'un recours en réformation, afin de permettre au juge administratif d'examiner l'opportunité de la décision attaquée et, pour le cas où la sanction émane d'une autorité administrative qui ne remplit pas elle-même les conditions d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article de la prédite convention, de moduler la peine.

2. Le projet de loi *n° 6668*[10] portant entre autres modification de la loi modifiée du 21 juin 2005 transposant en droit luxembourgeois la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts tend à remplacer l'article 7 de la loi précitée. Le paragraphe 2 de ce nouvel article 7 instaure les pénalités encourues par l'agent payeur ou par l'opérateur économique établi au Luxembourg en cas de communication inexacte ou tardive des informations prévues au paragraphe 1er de ce même article. Le «bureau de la retenue d'impôt sur les intérêts» est désigné comme autorité appelée à fixer la sanction. Le Conseil d'Etat, considérant que la sanction financière proposée constitue une sanction administrative à caractère pénal, a rappelé dans son avis du 3 juin 2014 (doc. parl. *n° 6668*[3]) que la Cour européenne des droits de l'homme admet de manière constante (voir notamment *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, arrêt de la CEDH du 4 mars 2004, requête n° 47650/99) que les sanctions administratives, qui sont constitutives de sanctions pénales, peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du «tribunal» visé par l'article 6, paragraphe 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la condition toutefois que le justiciable dispose contre cette décision d'un recours de pleine juridiction. Au vu de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au texte proposé en ce qu'il ne prévoit pas de recours en réformation tel que exigé par la Cour européenne des droits de l'homme.

---

10 Projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 21 juin 2005 transposant en droit luxembourgeois la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts; 2) de la loi modifiée du 23 décembre 2005 portant introduction d'une retenue à la source libératoire sur certains intérêts produits par l'épargne mobilière; 3) de la loi du 21 juin 2005 portant approbation des Accords conclus avec des territoires dépendants ou associés d'Etats membres de l'Union européenne relatifs à la fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

Procédure administrative non contentieuse

D'après l'article 7, paragraphe 1er, alinéa 2 du projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*), la mesure de suspension ou de retrait du statut de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation (PSDC) «est notifiée par courrier recommandé au PSDC concerné et entraîne automatiquement la suspension ou le retrait de la liste des PSDC …». Dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6543*[3]), le Conseil d'Etat a relevé que cette disposition n'est pas en ligne avec les principes qui gouvernent la procédure administrative non contentieuse. En effet, tout prestataire auquel est reprochée une violation des conditions légales et réglementaires et qui risque de se voir retirer sa notification, voire sa certification, doit être mis en situation de pouvoir prendre position et de se défendre tout en ayant, sur sa demande, accès au dossier établi à son sujet par l'Administration. Le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'application automatique de la suspension ou du retrait visés, qui est contraire à la règle du contradictoire consacrée à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce principe général exige que la personne concernée soit entendue avant que l'autorité administrative puisse procéder au retrait ou à la modification d'une décision créatrice ou recognitive de droits en sa faveur.

5) Protection des données

1. Les amendements gouvernementaux du 2 août 2013 relatifs au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse (doc. parl. *n° 6410*) entendent introduire, par l'amendement 7, les articles 22 à 30 nouveaux à la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse.

   L'article 29 en projet concerne la création d'un fichier de données à caractère personnel pour la gestion des demandes introduites et le contrôle des paiements effectués en matière de chèque-service accueil. Contrairement au texte initial, qui prévoyait une durée de conservation des données d'une année à compter de la date à laquelle l'enfant bénéficiaire du chèque-service accueil a quitté le système, les auteurs des amendements étendent à l'endroit du nouvel article 29, paragraphe 5, ce délai de conservation des données à dix ans courant à compter de l'âge de douze ans accomplis dans le chef du bénéficiaire du chèque-service accueil.

   Dans son avis du 6 mai 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6410*[11]), le Conseil d'Etat a estimé que la durée de conservation de dix ans paraît excessivement longue et ne saurait pouvoir être justifiée par la finalité du traitement des données en cause. Il a relevé que, dans ces circonstances, la durée de conservation risque de dépasser la durée nécessaire à la réalisation des finalités du traitement, et d'être, en conséquence, contraire à l'article 5 de

la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection à l'égard du traitement automatisé des données. A défaut pour les auteurs de justifier le délai de conservation des données, le Conseil d'Etat s'est donc opposé formellement à ladite disposition.

Dans ce même ordre d'idées, le Conseil d'Etat a attiré l'attention des auteurs sur le fait que le texte ne prévoit pas de règle concernant la durée de conservation des données relatives aux prestataires de service. Il a estimé qu'en l'absence d'une indication précise de la durée de conservation la durée de conservation risque d'être excessivement longue et de dépasser la durée de conservation nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles les données ont été collectées ou traitées. Il a demandé que cette lacune soit comblée en ce que, faute pour les auteurs de fixer une durée de conservation des données nécessaire à la réalisation des traitements envisagés, il se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

2. Le chapitre VI du projet de loi relatif 1) au titre d'artiste 2) aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle 3) à la promotion de la création artistique (doc. parl. *n° 6612*) propose d'établir une interconnexion entre le registre général des personnes physiques et morales, le fichier relatif aux affiliations des salariés, des indépendants et des employeurs (à l'exclusion de toutes données relatives à la santé) et le fichier relatif aux demandeurs d'emploi inscrits et relatif aux bénéficiaires du revenu minimum garanti, qui deviendraient ainsi accessibles pour le ministre ayant la Culture dans ses attributions et les agents nommément désignés par celui-ci. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6612³*) relatif au projet de loi précité, a considéré à cet égard qu'il convient d'éviter au maximum les interconnexions entre des bases de données personnelles établies par les administrations étatiques. Si les auteurs devaient toutefois maintenir l'interconnexion des bases de données, telle qu'envisagée, le Conseil d'Etat a demandé que la finalité de l'interconnexion soit précisée. En effet, la seule précision que cette interconnexion concerne le «[…] traitement des demandes prévues aux articles 5, 6 et 7 […]» a été trop vague à ses yeux. Le Conseil d'Etat a insisté sous peine d'opposition formelle que la finalité des traitements prévus soit cernée et formulée avec plus de précision, notamment afin de rendre les dispositions sous avis conformes à l'article 5, point c) de la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel, qui dispose que les données à traiter soient «adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées».

3. L'article 7, paragraphe 1er du projet de loi facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière (doc. parl. *n° 6566*) dispose que «le transfert des données à caractère personnel dans

le cadre de la présente loi se fait conformément à la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (…)». Le Conseil d'Etat dans son avis du 22 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6566*[4]) s'est demandé si la décision-cadre précitée a fait l'objet d'une transposition en droit national. Il a souligné que, dans la négative, il s'imposerait de ce faire avant l'adoption du projet de loi sous examen. En vertu du paragraphe 2 de l'article 7, «toute personne a le droit d'obtenir des informations sur les données à caractère personnel transmises dans le cadre de la présente loi au point de contact national de l'Etat membre de l'infraction, y compris la date de la demande et l'autorité compétente de l'Etat membre de l'infraction». Le Conseil d'Etat a rappelé concernant cette disposition qu'en vertu de l'article 16 de la décision-cadre précitée les personnes concernées doivent être informées de toute collecte et de tout traitement de données à caractère personnel les concernant, effectués par les autorités compétentes, et qu'il appartient au législateur national d'organiser pareille information. Il a encore souligné que s'il y a transfert des données à caractère personnel entre Etats membres, le texte de l'article 16, paragraphe 2 précité prévoit qu'un des Etats membres peut s'opposer à cette information. Le Conseil d'Etat a observé que la question de la reprise en droit national de la décision-cadre précitée et notamment de son article 16 ne se pose pas uniquement dans le cadre de la loi en projet mais demande à être prise en considération sur un plan bien plus large s'étendant à tous les textes légaux envisageant à un titre ou un autre la collecte ou le traitement de données à caractère personnel avec transmission aux autorités d'autres Etats membres. Dans le contexte du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat s'est toutefois demandé s'il n'y aurait pas avantage à concevoir le droit d'accès des personnes concernées tel qu'organisé par l'article 17 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel sous forme de transmission automatique de l'information en question, sauf l'hypothèse où l'Etat de l'infraction qui en a demandé la communication s'y opposerait en vertu de l'article 16, paragraphe 2 de la décision-cadre précitée. Le Conseil d'Etat s'est vu obligé de réserver la question de la dispense du second vote constitutionnel en attendant que la question soulevée concernant la transposition de la décision-cadre 2008/977/JAI trouve une réponse satisfaisante au moins dans le contexte du projet de loi sous examen.

4. L'article 41 du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose l'introduction dans le statut général du fonctionnaire d'un nouvel article 35*bis* se rapportant au traitement des données à caractère personnel des agents de l'Etat en activité de service, des agents de l'Etat pensionnés et des candidats aux postes vacants. L'alinéa 1er entend déterminer les finalités du traitement

des données à caractère personnel visées. A cet effet, une liste exemplative des finalités est introduite par le terme «notamment» qui, d'une manière générale, ne convient pas à un texte normatif. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), a fait valoir à cet égard que la matière du traitement des données à caractère personnel est très sensible, ce qui implique que les finalités du traitement envisagé doivent être arrêtées restrictivement et de manière transparente, et qu'il ne doit dès lors pas être possible d'y rajouter des finalités additionnelles en se basant sur l'interprétation du mot «notamment». Il s'est en conséquence formellement opposé au texte proposé, en ce que les finalités qu'il énonce ne sont pas suffisamment déterminées au sens de l'article 5 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, approuvée par la loi du 19 novembre 1987 portant a) approbation de la Convention pour la protection des personnes à l´égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg, le 28 janvier 1981; b) modification de la loi du 31 mars 1979 réglementant l´utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques. L'article 5 précité dispose en effet en son point b) que les données sont enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités et en son point c) que les données sont adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées.

5. Le projet de règlement grand-ducal relatif aux titres de légitimation de l'Administration des Chemins de Fer prévoit en son article 9 la création et la gestion d'un registre national des détenteurs de titres de légitimation. Dans son avis du 25 février 2014 sur le règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat a d'abord fait valoir que cette disposition ne trouve pas de base légale suffisante dans la loi modifiée du 22 juillet 2009 relative à la sécurité ferroviaire et risque dès lors d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution. Comme cette disposition envisage par ailleurs le traitement de données personnelles, le Conseil d'Etat a encore exigé que le texte en question soit soumis à l'avis de la Commission nationale de la protection des données conformément à ce qui est prévu par l'article 32, paragraphe 3 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

6) Droit à la vie privée familiale (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

1. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 1er de nombreuses modifications concernant l'article 1er du «statut des

fonctionnaires». L'article 1er, point 7 propose de remplacer la disposition du paragraphe 6 actuel de l'article 1er du statut général par une disposition en vertu de laquelle le fonctionnaire retraité restera soumis tout au long de sa vie à certaines dispositions du statut général, énumérées de manière limitative. Parmi les nombreuses dispositions qui demeurent applicables au fonctionnaire au-delà de sa mise à la retraite, figure l'article 10 du statut général qui astreint le fonctionnaire à l'obligation de dignité et à celle d'éviter le scandale qui pourrait éclabousser le service public. Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), le Conseil d'Etat a observé dans ce contexte que tout bon citoyen doit se comporter de façon à ne pas troubler l'ordre public et à ne pas heurter la loi pénale et il s'est dès lors demandé pourquoi ces limites ne seraient pas suffisantes pour orienter la conduite du fonctionnaire retraité. Il a rappelé que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale en disposant qu'«il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui». Le Conseil d'Etat a considéré que la soumission, sans limitation de durée, du fonctionnaire retraité aux dispositions du statut général énumérées par la disposition sous examen, constitue *a priori* une ingérence dans sa vie privée et familiale, sauf pour les auteurs de montrer que l'ingérence envisagée est justifiée, compte tenu des exigences précitées de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il a dès lors enjoint aux auteurs de lui faire part de telles justifications en ce que, faute de quoi, il se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

2. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est ainsi proposée. En cas de risque d'atteinte aux principes de neutralité ou de l'intégrité de l'administration, il est proposé qu'une amende d'ordre puisse être prononcée à l'encontre de l'ancien fonctionnaire en cas de non-respect de la réserve émise par le comité concernant l'établissement de relations professionnelles entre une entreprise privée et l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire. Il est encore prévu que

peut être décidée la démission du fonctionnaire qui cesse temporairement ses fonctions en vue de se consacrer à une nouvelle activité risquant de porter gravement atteinte aux principes de neutralité et d'intégrité de l'administration, à moins pour ce fonctionnaire de renoncer à ses nouvelles activités, sinon, dans l'hypothèse où il ne bénéficie pas encore d'un congé sans traitement en vue de l'exercice de telles activités, que l'octroi du congé peut lui être refusé par le ministre du ressort. Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), le Conseil d'Etat, estimant que les mesures du nouvel article 15*bis* constituent *a priori* une ingérence dans la vie privée et familiale des fonctionnaires concernés, a attiré l'attention des auteurs sur l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose en son paragraphe 1er que «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance», en relevant toutefois qu'en vertu du paragraphe 2 de ce même article l'ingérence visée au paragraphe 1er est justifiée si elle est prévue par la loi et constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre, et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Dans l'attente de justifications de la part des auteurs au sens de l'article 8, paragraphe 2 précité, le Conseil d'Etat s'est vu obligé de réserver sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

3. A l'article 40 du statut des fonctionnaires de l'Etat, le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*), le remplacement de la notion de «mise à la retraite d'office pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale» par celle de «démission pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale» envisagée par le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) nécessite une modification de l'énumération des cas de démission d'office prévus par l'actuel article 40 du statut. Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), le Conseil d'Etat a observé que la notion de disqualification morale, qui n'est pas nouvelle dans le statut général, peut facilement donner lieu à des interprétations extensives et favoriser l'arbitraire hiérarchique. Il a en ce sens fait valoir que le texte n'exclut pas que la disqualification morale puisse trouver sa source dans la vie privée du fonctionnaire en ce qu'aucun lien des actes dénotant une disqualification morale avec l'exercice des fonctions publiques dont le fonctionnaire est investi n'est requis. Le Conseil d'Etat a dès lors estimé que cette notion est incompatible avec l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose en son paragraphe 1er que «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance». Le Conseil

d'Etat a ainsi demandé la suppression de la notion de «disqualification morale» à tous les endroits du statut général où il en est fait usage en annonçant par ailleurs qu'il se verrait obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel dans l'hypothèse où les auteurs entendraient maintenir quand même la notion de «disqualification morale» sans apporter de justifications au sens de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention précitée. Cette disposition admet en effet qu'il peut y avoir ingérence dans la vie privée et familiale si elle «est prévue par la loi et […] constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

7) L'accessibilité de la loi, préalable de son opposabilité

1. A l'article II du projet de règlement grand-ducal modifiant 1. le règlement grand-ducal modifié du 30 novembre 2007 concernant la performance énergétique des bâtiments d'habitation; 2. le règlement grand-ducal modifié du 31 août 2010 concernant la performance énergétique des bâtiments fonctionnels; et 3. le règlement grand-ducal du 27 février 2010 concernant les installations à gaz, les modifications projetées ont trait au règlement grand-ducal modifié du 31 août 2011 concernant la performance énergétique des bâtiments fonctionnels. Au point 10 de l'article précité, les auteurs du texte en projet entendent procéder à une actualisation d'une norme technique allemande à laquelle la réglementation nationale fait référence. Dans son avis du 4 février 2014 relatif audit projet de règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat s'est demandé à quelle norme internationale il est renvoyé en particulier en soulevant par ailleurs la question de l'opposabilité et de la valeur contraignante de la norme en question. Il a rappelé dans ce contexte que les conditions formelles de l'article 112 de la Constitution prévoient qu'«aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale ou communale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi». Le Conseil d'Etat a toutefois précisé que malgré les exigences de l'article 112 de la Constitution, ce procédé de renvoi peut exceptionnellement être accepté, dans les cas où le renvoi à ladite norme ne fait que reprendre le texte d'une directive à transposer. Il a rappelé que, pour éviter au texte en projet la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution, une publication en due forme est nécessaire lorsque la norme en question n'est pas prévue dans le texte d'une directive à transposer et qu'elle n'a pas été publiée conformément aux dispositions constitutionnelles précitées.

2. Le projet de règlement grand-ducal fixant les prescriptions pour les installations de valorisation de déchets biodégradables par compostage relevant de la

classe 4 en matière d'établissements classés arrête en son article 10 les prescriptions générales concernant la protection de l'air en se référant à la réglementation en vigueur en Allemagne dans le Land de Rhénanie-Palatinat. Dans son avis du 25 février 2014 sur le règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat a rappelé qu'en vertu de l'article 112 de la Constitution, un règlement d'administration générale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans les formes déterminées par la loi. Il a fait valoir qu'il n'existe pas de dispositions légales reconnaissant la publication dans le journal officiel du Land allemand de Rhénanie-Palatinat comme satisfaisant à l'exigence constitutionnelle précitée et que la disposition en cause risque dès lors d'encourir la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a demandé que la substance de la réglementation allemande visée soit reprise formellement et explicitement dans un texte normatif national afin de rendre les dispositions opposables à l'administré luxembourgeois.

3. Le projet de règlement grand-ducal fixant les prescriptions pour les établissements porcins qui relèvent de la classe 4 en matière d'établissements classés (…) établit en son article 4 des prescriptions générales pour l'exploitation des établissements visés en matière de protection de l'air en renvoyant à la réglementation afférente en vigueur au Land de Rhénanie-Palatinat. Dans son avis du 25 février 2014 sur le règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat a considéré que le renvoi à des normes juridiques non publiées dans la forme prévue par l'article 112 de la Constitution n'est pas permis et que lesdites dispositions risquent dès lors d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

B) LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

1) Le parallélisme des formes

1. Le projet de loi portant approbation du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), fait à Genève, le 8 décembre 2005 (doc. parl. n° *6636*), prévoit aux articles 3 et 4 de modifier respectivement un arrêté grand-ducal de 1935 (article 3) et un arrêté grand-ducal de 1955 (article 4).

Dans son avis du 4 février 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6636*[1]), le Conseil d'Etat a rappelé que, suivant le principe de la hiérarchie des normes, dont découle le parallélisme des formes, il n'est pas possible de procéder par voie législative à la modification de dispositions réglementaires. Il a d'ailleurs souligné que la modification par voie légale de dispositions réglementaires aurait pour conséquence que les dispositions réglementaires ainsi modifiées se verraient reconnaître force de loi et que toute nouvelle

modification de ces dispositions, voire leur abrogation, ne pourrait plus avoir lieu que par une loi. Afin de garantir une délimitation nette des sphères d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, il a fait valoir que le législateur doit s'abstenir de modifier explicitement des actes réglementaires.

Le Conseil d'Etat s'est donc formellement opposé au maintien des articles 3 et 4, en ce que le législateur ne saurait pas s'immiscer dans les attributions que la Constitution, à travers ses articles 36 et 32(3), réserve au Grand-Duc.

2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois à l'endroit des articles 4 et 84 (doc. parl. *n° 6461*[3]), s'est formellement opposé à ce qu'il soit fait référence à un règlement grand-ducal dans un texte de loi, alors que le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est hiérarchiquement inférieure.[11]

2) Non-conformité d'une norme réglementaire avec la loi

1. Selon le paragraphe 4 de l'article 2 du projet de règlement grand-ducal concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, «l'administration peut demander tout autre document servant à déterminer l'éligibilité de la demande» pour l'attribution de l'aide financière de base. Dans son avis du 11 juillet 2014 relatif au projet de règlement précité, le Conseil d'Etat a estimé qu'il y a lieu de supprimer le paragraphe 4 de l'article 2 en projet, alors que le cadre légal

---

11 En ce même sens:
- Avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6465*[3]) concernant le projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat, concernant les articles: 9, 28, 31, 53, 64, 66.
- Avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 2013 (doc. parl. *n° 6462*[2]) concernant le projet de loi fixant les conditions et modalités de l'accès du fonctionnaire à un groupe de traitement supérieur au sien et de l'employé de l'État à un groupe d'indemnité supérieur au sien, concernant l'article 7.
- Avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6459*[3]) concernant le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, à propos des articles 10, 15, 23, 38, 53.
- Avis du 8 octobre 2013 du Conseil d'Etat sur le projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*[3]), concernant l'article 15.
- Avis du 12 novembre 2013 du Conseil d'Etat sur le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*[1]), concernant l'article 27.
- Avis du 29 avril 2014 du Conseil d'Etat sur le projet de loi relative à la fondation patrimoniale (doc. parl. *n° 6595*[1]), concernant les articles 25 et 26.



tracé par l'article 1er, alinéa 2 de la loi[12] n'est pas respecté, le législateur imposant au pouvoir réglementaire d'énoncer de manière exhaustive les pièces à présenter lors de la demande. Le Conseil d'Etat a fait valoir que l'administration ne saurait en conséquence pas réclamer des pièces supplémentaires qui ne sont pas mentionnées dans le règlement grand-ducal. Il a ajouté que la disposition risque d'encourir la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution.

2. Dans son avis du 10 décembre 2013 relatif au projet de règlement grand-ducal attribuant la dénomination «Lycée Michel Lucius» au Lycée technique Michel Lucius, le Conseil d'Etat a constaté que l'article 1er du projet précité n'est pas conforme à la base légale invoquée dans la mesure où le projet en question entend supprimer le terme «technique» de la dénomination d'origine. En effet, les auteurs se sont référés comme premier fondement légal à la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle qui dispose dans son article 2, alinéa 2, que «Les établissements d'enseignement secondaire technique sont créés par la loi. Ils prennent la dénomination de «lycée technique». Une dénomination particulière peut leur être octroyée par règlement grand-ducal». Le Conseil d'Etat a également formulé ses réserves quant au second fondement légal invoqué par les auteurs du texte, à savoir l'article 46 de la loi modifiée du 25 juin 2004 portant organisation des lycées et lycées techniques, qui prévoit la suppression du terme «technique» de la dénomination des lycées, mais seulement pour les lycées créés après l'entrée en vigueur de la loi précitée. En l'occurrence, comme le Lycée technique Michel Lucius a été créé bien avant la mise en vigueur de la loi de 2004, le Conseil d'Etat a attiré l'attention des auteurs sur le fait que l'article 46 ne saurait s'appliquer à ce lycée et a refusé de marquer son accord au projet de règlement grand-ducal précité.

3. Le projet de règlement grand-ducal fixant les modalités d'application de la loi relative à l'identification des personnes physiques a pour objet de mettre en œuvre la loi du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques (doc. parl. *n° 6330*). Il entend notamment fixer la structure du numéro d'identification, régler l'agencement du registre national ainsi que les modalités d'accès et de transmission des données. Suite à l'adoption de la loi précitée du 19 juin 2013, des amendements gouvernementaux au projet de règlement grand-ducal ont été communiqués au Conseil d'Etat le 20 juillet 2013. Dans

---

12 Loi du 24 juillet 2014 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*):

«**Art. 1er.** (…)

L'aide financière sous forme de bourses et de prêts est accordée par année académique par le ministre ayant dans ses attributions l'enseignement supérieur, désigné par la suite par le terme «le ministre», sur demande écrite de l'étudiant à présenter dans les délais et formes à fixer par règlement grand-ducal.»

son avis du 12 novembre 2013 concernant le projet de règlement grand-ducal et les amendements gouvernementaux précités, le Conseil d'Etat a exprimé ses doutes quant à la légalité de l'article 9, en vertu duquel les accès aux données accordés sur base du règlement grand-ducal modifié du 7 juin 1979 déterminant les actes, documents et fichiers autorisés à utiliser le numéro d'identité des personnes physiques et morales et concernant les personnes physiques doivent être mis en conformité avec les dispositions du règlement grand-ducal en projet dans un délai de douze mois à partir de son entrée en vigueur. Le Conseil d'Etat a fait valoir que la loi précitée du 19 juin 2013 ne prévoit pas de base légale pour une telle période transitoire. Il a ainsi demandé que les auteurs du projet vérifient que les dispositions du règlement précité du 7 juin 1979 ne sont pas en contradiction avec celles de la loi précitée du 19 juin 2013, du moins à l'expiration des délais d'entrée en vigueur prévus à l'article 54 de cette loi.

4. Le projet de règlement grand-ducal relatif a) aux installations de combustion alimentées en combustible solide ou liquide d'une puissance nominale utile supérieure à 7 KW et inférieure à 20 MW et b) aux installations de combustion alimentées en combustible gazeux d'une puissance nominale utile supérieure à 3 MW et inférieure à 20 MW prévoit que les autorisations délivrées pour certains types d'installations qu'il énumère peuvent fixer des conditions d'exploitation plus strictes que celles visées par le règlement en projet. Dans son avis du 22 octobre 2013, le Conseil d'Etat a constaté que les normes à fixer par le règlement grand-ducal en projet sont basées sur un acte européen qui exige des conditions minimales, la conséquence en étant que les Etats membres peuvent établir des règles en vertu desquelles l'autorité compétente peut fixer des conditions plus strictes. Le Conseil d'Etat a fait valoir à cet égard que si les auteurs entendent prévoir l'application de règles plus strictes, celles-ci doivent être fixées dans la loi. Partant, le Conseil d'Etat a exigé la suppression des dispositions en cause afin d'éviter que le texte proposé encoure la sanction de l'article 95 de la Constitution.

5. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 20 décembre 2013 sur le projet de règlement grand-ducal fixant les conditions de commercialisation, de production et de certification des semences de céréales, a rappelé que le propre d'un règlement grand-ducal est d'exécuter la loi sans en restreindre ni élargir le dispositif ou le modifier autrement. Il a demandé de supprimer l'article 2 du règlement grand-ducal en projet qui définit la commercialisation des semences de céréales et qui, en ne respectant pas la portée de la loi du 18 mars 2008 sur la commercialisation des semences et plants servant de fondement légal, risque d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

3) L'exécution des lois et des règlements grand-ducaux

1. Le projet de loi portant approbation du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), fait à Genève, le 8 décembre 2005 (doc. parl. *n° 6636*), prévoit aux articles 3 et 4 de modifier respectivement un arrêté grand-ducal de 1935 (article 3) et un arrêté grand-ducal de 1955 (article 4).

Dans son avis du 4 février 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6636[1]*), le Conseil d'Etat a rappelé que, suivant le principe de la hiérarchie des normes, dont découle le parallélisme des formes, il n'est pas possible de procéder par voie législative à la modification de dispositions réglementaires. Il a d'ailleurs souligné que la modification par voie légale de dispositions réglementaires aurait pour conséquence que les dispositions réglementaires ainsi modifiées se verraient reconnaître force de loi et que toute nouvelle modification de ces dispositions, voire leur abrogation, ne pourrait plus avoir lieu que par une loi. Afin de garantir une délimitation nette des sphères d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, il a fait valoir que le législateur doit s'abstenir de modifier explicitement des actes réglementaires.

Le Conseil d'Etat s'est donc opposé formellement au maintien des articles 3 et 4, alors que le législateur ne peut pas s'immiscer dans le pouvoir réglementaire que la Constitution, à travers ses articles 36 et 32(3), réserve au Grand-Duc.

2. L'article 4 du projet de loi portant organisation de l'Administration gouvernementale (doc. parl. *n° 6464[1]*) dispose que «La répartition des emplois prévus par la présente loi parmi les départements ministériels ainsi que parmi les sections, services et offices qui en font partie intégrante, est arrêtée par le Gouvernement conformément aux dispositions à prendre en vertu de l'article 76 de la Constitution, pour l'organisation de l'Administration gouvernementale, et sans préjudice du détachement auprès de cette administration, de fonctionnaires relevant d'autres corps du service public». Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6464[2]*), le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard que l'exécution des lois relève, selon la Constitution et exception faite des dispositions qu'elle prévoit à cet effet, des seules compétences du Grand-Duc en vertu de l'article 36 de la Constitution. Il a dès lors exigé sous peine d'opposition formelle que soit déterminée par voie d'un règlement grand-ducal la manière d'arrêter la façon dont seront affectés aux différents départements ministériels les agents faisant partie du cadre des services administratifs du Gouvernement.

3. A l'article 2 du projet de loi relatif au réseau national de pistes cyclables et à la promotion de la mobilité douce (…) (doc. parl. *n° 6600*), il est prévu de déterminer par voie de règlement grand-ducal les catégories de voies constituant les pistes cyclables. Dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6600[1]*), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à une définition de la

notion de «piste cyclable» par voie d'une norme hiérarchiquement inférieure à l'acte en projet.

4. A l'article 5 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 19 décembre 2008 a) relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs b) modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 relative à la prévention et à la gestion des déchets, les auteurs prévoient de modifier les annexes de la loi précitée du 19 décembre 2008 par voie de règlement grand-ducal. Dans son avis du 4 avril 2014, le Conseil d'Etat a fait valoir que, d'un point de vue juridique, il est concevable, en dehors des matières réservées à la loi, qu'une habilitation législative puisse permettre la modification, voire l'abrogation par voie de règlement grand-ducal des annexes figurant dans une loi. Il a toutefois mis en garde contre cette manière de procéder, rappelant que le propre du règlement grand-ducal est d'exécuter les lois. Il a considéré que, soit les annexes revêtent une importance telle qu'il importe de les faire figurer dans la loi même, et alors leur modification et leur abrogation devraient se faire par le seul législateur, soit les annexes relèvent de par leur nature du domaine de l'exécution de la loi, et dans ce cas il faudrait en faire abstraction dans la loi et les arrêter par le seul pouvoir réglementaire. Il a été d'avis que les annexes visées à l'article 5 du projet de loi relèvent de ce dernier cas de figure et qu'il suffirait dès lors de les intégrer *ab initio* dans un règlement grand-ducal afin de pouvoir les modifier ultérieurement par un autre acte réglementaire.

5. L'article 40, paragraphe 1er, alinéa 2 du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers, tel que amendé (doc. parl. *n° 6533*[5]), retient la possibilité de remplacer les règlements grand-ducaux prévus à l'alinéa 1er par des règlements ministériels «au cas où pour des raisons d'urgence il y a impossibilité de recourir à ladite procédure». En vertu de l'article 40, alinéa 1er, le Grand-Duc pourrait en effet prendre des mesures réglementaires temporaires en cas de rupture majeure d'approvisionnement en produits pétroliers. Il est proposé que les règlements ministériels auraient une durée de validité limitée à un mois et qu'ils seraient publiés par la voie de la presse écrite plutôt que d'appliquer la procédure usuelle d'une insertion au Mémorial.

   Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 18 juillet 2014 (doc. parl. *n° 6533*[6]), s'est opposé formellement à cette disposition pour deux raisons. Il a en effet fait valoir que, dans la mesure où les règlements grand-ducaux prévus à l'alinéa 1er interviennent dans le cadre du pouvoir réglementaire d'attribution réglé par l'article 32(3) de la Constitution, une délégation à un membre particulier du Gouvernement n'est pas possible, l'article 76, alinéa 2 limitant cette délégation au pouvoir réglementaire d'exécution qui est attribué au Grand-Duc en vertu des articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution. Il a par ailleurs rappelé, en se référant à l'arrêt 01/98 du 6 mars 1998 de la Cour constitutionnelle, que, peu importe que l'on se trouve en présence du pouvoir

réglementaire d'exécution ou du pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc, la Constitution «s'oppose à ce qu'une loi attribue l'exécution de ses propres dispositions à une autorité autre que le Grand-Duc».

4) Prorogation de dispositions réglementaires

Le projet de loi fixant les conditions et modalités de l'accès du fonctionnaire à un groupe de traitement supérieur au sien et de l'employé de l'Etat à un groupe d'indemnité supérieur au sien (doc. parl. *n° 6462*[1]) dispose en son article 17 que «Toute réglementation spéciale existante plus favorable que celle prévue à la présente loi pour le passage dans un groupe de traitement supérieur reste maintenue». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6462*[2]) a relevé à cet égard, en se référant à son avis du 13 juillet 2012 concernant l'article 54 du projet de loi portant réforme de l'Administration pénitentiaire (doc. parl. *n° 6382*[5]), que cette disposition est susceptible de créer des problèmes liés à la hiérarchie des normes juridiques. Dans l'avis précité, le Conseil d'Etat avait en effet relevé, à propos d'une disposition prévoyant que «les règlements grand-ducaux qui ont été pris en exécution de l'ancienne loi restent en vigueur jusqu'à ce qu'il en soit disposé autrement», que cette disposition est d'abord superflue en ce que ces règlements restent en vigueur pour autant que la nouvelle loi leur assure une base legale. Il avait ensuite renvoyé à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 1er octobre 2010, n° 57/10 (Mém. A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004), en vertu duquel la séparation des pouvoirs, telle que organisée par la Constitution, implique que chacun des organes étatiques exerçant respectivement les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel est souverain dans son existence et son fonctionnement, mais que le législateur peut toutefois exercer sa compétence dans tous les domaines non réservés par la Constitution aux deux autres pouvoirs constitués, pour rendre attentif que l'article 36 de la Constitution réserve au Grand-Duc le pouvoir de faire les règlements nécessaires à l'exécution des lois et que le législateur empiéterait par la disposition en projet sur les pouvoirs dévolus par la Constitution au Grand-Duc. Le Conseil d'Etat avait ainsi émis ses réserves les plus sérieuses au maintien de règlements grand-ducaux «autonomes» qui n'ont pas de base légale dans la nouvelle loi, qu'on les élève au rang de loi par la voie d'une ratification ou qu'on maintienne les dispositions de la loi ancienne comme base légale en observant que se poserait encore la question de la modification ou de l'abrogation de ces règlements. Il avait dès lors invité les auteurs à faire l'inventaire des règlements en cause et à leur consacrer une base légale dans la loi en projet et, par conséquent, émis une opposition formelle à l'encontre de la disposition proposée. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6462*[2]), pour les raisons exprimées dans son avis précité du 13 juillet 2012 et après avoir rappelé que les normes susceptibles d'être maintenues en vigueur doivent pour des raisons de sécurité juridique être précisées de manière exhaustive dans l'article sous examen, s'est formellement opposé à la disposition de l'article 17 du projet de loi.

5) Le pouvoir réglementaire dans les matières réservées par la Constitution à la loi

Les avis du Conseil d'Etat s'alignent sur la position plus sévère[13] *que la Cour constitutionnelle a adoptée dans son arrêt n° 108/13 du 29 novembre 2013*[14]*. La Cour constitutionnelle y a en effet considéré que «d'après l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, tel que résultant de la loi du 19 novembre 2004, dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc».*

a) *Liberté de commerce (article 11, paragraphe 6 de la Constitution)*

1. Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6612*[3]) relatif au projet de loi relatif 1) au titre d'artiste 2) aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle 3) à la promotion de la création artistique (doc. parl. *n° 6612*), le Conseil d'Etat a fait valoir qu'il faudrait définir davantage les mesures d'accompagnement figurant à l'article 6, paragraphe 2, 3e tiret, en leur consacrant par ailleurs un article à part. Ne disposant pas du règlement grand-ducal dont question au prédit article dont l'objet serait de déterminer les modalités d'application desdites mesures, le Conseil d'Etat s'est demandé qui seraient les acteurs dispensant ces mesures d'accompagnement. Il a relevé que si lesdits acteurs devaient être agréés par le ministre ayant la Culture dans ses attributions, les critères selon lesquels l'agrément est octroyé seraient en tout état de cause à préciser dans la loi en ce que l'introduction d'un régime d'agrément risque de constituer une restriction à la liberté de commerce relevant de la loi formelle en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution.

2. Le projet de règlement grand-ducal relatif a) aux installations de combustion alimentées en combustible solide ou liquide d'une puissance nominale utile supérieure à 7 KW et inférieure à 20 MW et b) aux installations de combustion alimentées en combustible gazeux d'une puissance nominale utile supérieure à 3 MW et inférieure à 20 MW entend autoriser les contrôleurs employés

---

13 Avant cet arrêt, la Cour avait posé que seul le législateur peut valablement disposer de la matière érigée en réserve. Il est toutefois satisfait à cette réserve si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail (Cour constitutionnelle, arrêt 38/07 du 2 mars 2007, Mémorial A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742).

14 Mémorial A n° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886.



auprès d'entreprises d'installation de chauffage-sanitaire légalement établies ou des contrôleurs agréés à effectuer l'inspection périodique des installations visées. Dans son avis du 22 octobre 2013, le Conseil d'Etat n'a pas approuvé ces dispositions. Il a en effet fait valoir que ces conditions d'agrément ne sauraient être déterminées par un règlement grand-ducal alors qu'elles risquent de constituer une restriction à la liberté de commerce, inscrite à l'article 11(6) de la Constitution. Il a précisé que les conditions d'agrément sont synonymes d'une restriction à la liberté de commerce et relèvent à ce titre, en vertu de l'article 11(6) précité, du domaine de la loi. Il a en conséquence souligné qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire de rajouter aux conditions d'agrément de la loi du 21 avril 1993 relative à l'agrément de personnes physiques ou morales privées ou publiques, autres que l'Etat pour l'accomplissement de tâches techniques d'étude et de vérification dans le domaine de l'environnement.

3. Dans son avis du 10 décembre 2013 sur le projet de règlement grand-ducal portant certaines modalités d'application du règlement modifié (CE) n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole, et fixant plus particulièrement les conditions pour la reconnaissance des organisations de producteurs, le Conseil d'Etat a tenu à rappeler qu'en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution l'exercice du travail agricole et la liberté du commerce sont garantis et qu'il est réservé à la seule loi formelle d'y apporter des restrictions. En effet, le règlement grand-ducal en projet prévoit que seules les organisations de producteurs qui peuvent se prévaloir de l'agrément prévu à l'article 3 du projet de règlement grand-ducal peuvent bénéficier de la possibilité de négocier collectivement avec une laiterie les clauses des contrats de livraison de lait cru. Qui plus est, le Conseil d'Etat a observé que même si l'agrément est largement conditionné par les actes juridiques de l'Union européenne pour lesquels il s'agit de mettre en place les mesures d'exécution utiles en droit national interne, il reste qu'en vue de la mise en œuvre du droit international, le droit européen y compris, les exigences de la Constitution doivent être respectées. En l'absence de base légale qui aurait, le cas échéant, autorisé le recours à un règlement grand-ducal pris en application des dispositions de l'article 32(3) de la Constitution, le règlement grand-ducal en projet s'expose à la sanction de l'article 95 de la Constitution. En conséquence, le Conseil d'Etat a exigé de reprendre le dispositif normatif dans un projet de loi destiné à remplacer le règlement grand-ducal en projet.

4. Dans son avis du 4 février 2014 concernant le projet de règlement grand-ducal ayant pour objet de créer un cadre réglementaire relatif à l'accréditation des centres de formation conformément à la loi modifiée du 22 juillet 2009 relative à la sécurité ferroviaire, le Conseil d'Etat a considéré que, même si la loi

servant de base légale au projet de règlement grand-ducal lui soumis pour avis retient le principe d'accréditation pour les centres de formation et prévoit un processus d'accréditation qui se fonde sur des critères d'indépendance, de compétence et d'impartialité, les exigences prévues par le projet de règlement grand-ducal, auxquelles doivent répondre les centres de formation pour obtenir leur accréditation, constituent une restriction à la liberté de commerce garantie par l'article 11(6) de la Constitution, restriction qui ne peut être établie que par la loi formelle. Aussi a-t-il noté que l'article 19 de la loi précitée du 22 juillet 2009, qui exige que le personnel affecté aux tâches de sécurité dispose d'une formation adéquate dispensée par des centres de formation agréés, ne suffit pas pour donner une base légale au projet de règlement grand-ducal qui, dans sa version présentée, dépasse le cadre de la loi en question. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat s'est limité à commenter les articles 1er, 2 et 6 ainsi que le contenu des annexes du règlement grand-ducal en projet et s'est dispensé d'aviser les autres dispositions, car, sans fondement légal adéquat, ces dernières risquent de rajouter à la loi et d'encourir dès lors la sanction de l'article 95 de la Constitution.

5. Aux termes de l'article 19 de la loi modifiée du 22 juillet 2009 relative à la sécurité ferroviaire, toute entreprise ferroviaire et tout gestionnaire de l'infrastructure doivent employer aux tâches de sécurité du personnel titulaire d'une formation et d'une certification conformes aux exigences de sécurité définies par le droit européen. Le projet de règlement grand-ducal ayant pour objet de créer un cadre réglementaire relatif à la reconnaissance des examinateurs vérifiant les compétences professionnelles du personnel affecté à des tâches de sécurité détermine les conditions et les modalités suivant lesquelles doivent s'acquérir les qualifications et les compétences nécessaires à la reconnaissance de la qualité d'examinateur. Dans son avis du 4 février 2014, le Conseil d'Etat a fait valoir qu'au sens du projet de règlement grand-ducal lui soumis pour avis, l'examinateur est à considérer comme un prestataire de services. Il en a conclu que l'exigence des compétences et de qualifications proposées constitue une restriction à la liberté de commerce garantie par l'article 11(6) de la Constitution qui ne saurait être établie que par la loi formelle, la conséquence en étant que le cadre réglementaire proposé risque d'encourir la sanction d'inapplicabilité prévue par l'article 95 de la Constitution.

6. Le projet de loi relatif à la mise en application du règlement (CE) n° 1069/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux et produits dérivés non destinés à la consommation humaine (doc. parl. *n° 6672*) décrit en son article 2 la procédure à suivre par un exploitant qui désire obtenir un agrément en application de l'article 24 du règlement (CE) no 1069/2009 précité. L'article envisage en outre que l'Administration des services vétérinaires est



chargée des travaux administratifs préparatoires et des vérifications nécessaires à l'établissement de l'agrément et qu'elle se fait assister pour les contrôles périodiques, en cas de besoin, par un organisme agréé, sans prévoir toutefois de base légale pour l'agrément des contrôleurs. Dans son avis du 20 mai 2014 (doc. parl. *n° 6672*[1]), le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions en cause constituent une restriction à la liberté de commerce au sens de l'article 11(6) de la Constitution. Il a fait valoir que dans les matières réservées à la loi, l'article 32(3) de la Constitution prévoit que la détermination de la finalité, des conditions et des modalités de la délivrance d'un agrément incombe à la loi. Il a dès lors exigé qu'il soit précisée, sous peine d'opposition formelle, la base légale pour l'agrément des contrôleurs, sinon, à défaut d'une base légale existante suffisante, la spécification dans la loi en projet des fins, conditions et modalités pour l'obtention dudit agrément.

7. L'article 2 du projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*) définit la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation (PSDC) comme le «référentiel national de certification des PSDC mis en place et géré par l'ILNAS». Dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6543*[3]), le Conseil d'Etat a compris cette définition comme renvoyant à des exigences établies par l'instance administrative en charge de l'accréditation des certificateurs, voire de la surveillance des opérations de certification et s'appliquant aux activités de dématérialisation ou de conservation effectuées par des prestataires certifiés. Il a rappelé que l'accès aux activités visées relève de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, en vertu duquel toute restriction à la liberté de commerce ne peut être établie que par la loi, sans préjudice de prévoir dans la loi l'intervention du pouvoir réglementaire dans les conditions prévues par l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Dans la mesure où la certification à obtenir par lesdits prestataires requiert de leur part l'obligation de bénéficier du «référentiel national de certification des PSDC», le Conseil d'Etat a demandé, sous peine d'opposition formelle, que cette exigence soit inscrite dans la loi et que la finalité, les conditions et les modalités de cette exigence y soient pour le moins indiquées.

8. L'article 6 du projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*) concerne la procédure d'obtention du statut de prestataire de services de dématérialisation ou de conservation (PSDC). Dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6543*[3]), le Conseil d'Etat a relevé que l'exigence d'une certification requise pour exercer l'activité de dématérialisation ou de conservation constitue une restriction apportée à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution qui ne saura intervenir que sous

forme d'une loi formelle. Le Conseil d'Etat a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle que les conditions de la certification soient précisées dans la loi en soulignant qu'il ne suffit pas, pour fixer ces conditions, de renvoyer à une règle technique d'exigences et de mesures qui, à en juger d'après le libellé proposé, serait mise en place par une instance administrative.

9. L'article 8 du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*) dispose que «Quiconque fabrique, prépare, traite, importe, exporte, acquiert, vend ou offre en vente, transporte, expédie, détient, conserve ou utilise, selon le cas, des produits chimiques des tableaux 1, 2 ou 3 doit, en conformité avec les dispositions de la Convention: a) déclarer les produits chimiques en question et, selon le cas, l'installation ou le site d'usines à l'Autorité nationale dans les conditions et selon les modalités fixées par règlement grand-ducal; b) tenir des relevés concernant les produits chimiques et l'installation ou le site d'usines considérés ainsi que l'utilisation faite desdits produits dans les conditions fixées par règlement grand-ducal; …». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490[1]*), a observé que cet article qui envisage une restriction de la liberté de commerce intervient dans une matière que l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution réserve la loi. Il a souligné que les renvois aux points a) et b) à un règlement grand-ducal devront dès lors respecter les exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution et spécifier la finalité, les conditions et les modalités à respecter à cet effet. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé aux points a) et b) en ce qu'ils ne répondent pas aux conditions précitées de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.[15]

10. L'article 40, paragraphe 1er, alinéa 1er du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers tel que amendé (doc. parl. *n° 6533[5]*) dispose que «En cas de rupture majeure d'approvisionnement, de décision internationale effective de mise en circulation de stocks, d'urgence particulière ou pour faire face à des crises locales, le Grand-Duc peut prendre des mesures réglementaires temporaires:

a) mettre en circulation rapidement, efficacement et d'une manière transparente tout ou partie des stocks de sécurité;

b) restreindre de façon globale ou spécifique la consommation en fonction du déficit estimé des approvisionnements;

---

15 Voir en même sens l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2014 (doc. parl. *n° 6533[3]*) concernant le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) 4) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique à propos de l'article 70.

c) attribuer en priorité des produits pétroliers à certaines catégories de consommateurs;

d) restreindre de façon globale ou spécifique l'importation, l'exportation et le transport de certains ou de l'ensemble des produits pétroliers;

e) réglementer la détention et le stockage de certains ou de l'ensemble des produits pétroliers».

Le Conseil d'Etat, après avoir considéré que les autorités nationales en charge de l'approvisionnement du pays en produits pétroliers devraient prioritairement avoir recours aux possibilités déjà offertes par l'article 32(4) de la Constitution pour réagir contre une rupture majeure d'approvisionnement, a relevé que l'approche légale retenue par la commission parlementaire pour ce qui est du nouveau libellé de l'article 40, paragraphe 1er, alinéa 1er précité, sous t) bute sur des problèmes de constitutionnalité qui ont récemment encore été mis en exergue par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ainsi, dans son arrêt 108/13 du 29 novembre 2013, la Cour a rappelé que, dans les matières réservées, «l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités selon lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc».

Le Conseil d'Etat a en effet fait valoir qu'il ne fait pas de doute que les mesures prévues par les points c), d) et e) précités comportent des limitations évidentes à la liberté de commerce consacrée par l'article 11(6) de la Constitution et sont dès lors à considérer comme matières réservées. Il a précisé que si la finalité, suivant laquelle le pouvoir réglementaire pourra s'exercer, semble enrayée par le libellé proposé, le cadrage normatif à prévoir par la loi en ce qui concerne les conditions et modalités, selon lesquelles des «éléments moins essentiels» peuvent être réglés par la voie d'un règlement grand-ducal, fait par contre défaut. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de l'article 40, paragraphe 1er, alinéa 1er du projet de loi amendé.

b) *Les droits des travailleurs (article 11, paragraphe 5 de la Constitution)*

1. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 20 l'introduction d'un nouvel article 19*ter* dans le statut général du fonctionnaire. Le paragraphe 1er de ce nouvel article prévoit la possibilité pour le fonctionnaire, qui désire s'inscrire à un cycle d'études pouvant conduire à un diplôme de niveau supérieur, de se voir accorder une dispense de service pour pouvoir participer aux cours de ce cycle d'études. L'article 19*ter*, paragraphe 1er relègue par ailleurs la détermination des condi-

tions et des modalités d'octroi de la dispense de service au règlement grand-ducal, intitulé «projet de règlement grand-ducal déterminant les conditions et modalités d'octroi de la dispense de service prévue à l'article 19ter de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat». Il est prévu que lorsque la dispense de service sollicitée est accordée, elle entraîne, à la charge du fonctionnaire, des obligations qui sont également déterminées par le projet de règlement grand-ducal précité. Il y est notamment prévu que le fonctionnaire bénéficiaire de la dispense de service doit s'engager au service de l'Etat pendant une durée minimale de 10 ans, faute de quoi il sera tenu de rembourser à l'Etat le traitement perçu pendant la durée de la dispense de service. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), a considéré que la dispense de service envisagée constitue un droit «du travailleur» au sens de l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution. Comme l'article 11, paragraphe 5 précité réserve la matière du droit des travailleurs à la loi formelle, le Conseil d'Etat a conclu que le cadre de la dispense de service devra être tracé dans la loi tout en précisant que l'intervention du pouvoir réglementaire du Grand-Duc devra répondre aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution aux termes duquel «dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi». Partant, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition proposée.

2. L'article 4 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*[1]) détermine les périodes de service prises en compte pour ce régime de pension. Aux termes de l'article 4, I), 4), compte pour la durée effective, à condition de se situer avant la cessation des fonctions, le temps non computable en vertu d'une autre disposition de la présente loi, couvert par des périodes d'assurances sous le régime général de pension, pour autant que ce temps n'ait pas donné lieu à prestation ou à remboursement des cotisations, et à condition que ce temps soit inférieur aux autres périodes computables par application de la présente loi. Ce même point I), 4) renvoie en son alinéa 2 à un règlement grand-ducal, pris sur avis du Conseil d'Etat dont l'objet est la fixation des modalités d'exécution des dispositions de l'alinéa qui précède ainsi que la précision, le cas échéant, des conditions et limites pour la prise en considération des périodes d'assurance y visées. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461*[3]), a souligné concernant cette disposition que les régimes de pension relèvent, en vertu des articles 103 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, des matières réservées à la loi formelle et qu'un règlement grand-ducal ne peut en conséquence se concevoir que si la loi qui relègue l'exécution de ses dispositions au pouvoir réglementaire répond aux conditions de



l'article 32(3) de la Constitution, c'est-à-dire détermine les fins, les conditions et les modalités de l'intervention du pouvoir réglementaire. Il a dès lors exigé, sous peine d'opposition formelle, la suppression du bout de phrase «tout en précisant, le cas échéant, les conditions et limites pour la prise en considération des périodes d'assurance y visées».

3. L'article 7, point I, 2 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*[1]) relègue à un règlement grand-ducal la détermination des modalités et des conditions suivant lesquelles la limite d'âge pour la retraite peut être reportée «moyennant un maintien en service à tâche complète ou moyennant une extension de ou l'admission à, suivant le cas, la retraite progressive». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461*[3]) a observé que les régimes de pension relèvent, en vertu des articles 103 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, des matières réservées à la loi formelle et qu'un règlement grand-ducal ne peut en conséquence se concevoir que si la loi qui relègue l'exécution de ses dispositions au pouvoir réglementaire répond aux conditions de l'article 32(3) de la Constitution, c'est-à-dire détermine les fins, les conditions et les modalités de l'intervention du pouvoir réglementaire. A défaut pour les auteurs d'avoir spécifié les conditions et les modalités du départ en retraite progressive dans la loi, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au renvoi au règlement grand-ducal tel que proposé.

4. En vertu de l'article 25, paragraphe 2, alinéa 2 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*[1]), le plafond limite de la pension des survivants prévu à l'alinéa précédent peut être modifié par règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461*[3]), a observé que les régimes de pension relèvent, en vertu des articles 103 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, des matières réservées à la loi formelle et qu'un règlement grand-ducal ne peut en conséquence se concevoir que si la loi qui relègue l'exécution de ses dispositions au pouvoir réglementaire répond aux conditions de l'article 32(3) de la Constitution, c'est-à-dire détermine les fins, les conditions et les modalités de l'intervention du pouvoir réglementaire. Il a en conséquence exigé, sous peine d'opposition formelle, que le renvoi au règlement grand-ducal soit complété dans le sens de répondre aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution.[16]

16 En ce même sens l'opposition que le Conseil d'Etat a émise concernant l'article 33 de ce même projet de loi.

5. Aux termes du point 1er de l'article 63 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461[1]*), qui a trait au régime spécial de pension des membres de l'Armée et des officiers et des sous-officiers de la Police grand-ducale, «la limite d'âge pour la pension au sens de l'article 7.I. 2. est fixée à soixante ans, sauf dérogation prévue par règlement grand-ducal». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461[3]*), a rappelé que cette disposition, qui a pour origine l'article 8, paragraphe II de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, a été censurée par la Cour constitutionnelle dans un récent arrêt du 29 novembre 2013[17]. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet jugé que la compétence donnée au pouvoir exécutif de réglementer dans cette matière n'est permise qu'à condition pour la loi de déterminer, conformément à l'article 32(3) de la Constitution, les fins, les conditions et les modalités dans lesquelles l'acte réglementaire peut intervenir. Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé à la disposition précitée en exigeant que le texte soit reformulé en tenant compte des critères fixés par le juge constitutionnel.

6. L'article 36 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461[1]*) envisage en cas de décès, lorsque le trimestre de faveur n'est pas dû ou n'est pas payé pour une des raisons indiquées à l'article 35, «qu'une indemnité ne pouvant dépasser 250 euros au nombre-indice cent est allouée, sur demande, à toute personne qui aura supporté, sans y être tenue légalement ou contractuellement, les frais de dernière maladie et d'enterrement». L'article entend par ailleurs, en son dernier alinéa, reléguer à un règlement ministériel la spécification des frais de dernière maladie et d'enterrement. Concernant cette dernière disposition, le Conseil d'Etat a d'emblée fait valoir dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461[3]*) que, les pensions relevant d'une matière réservée à la loi en vertu des articles 103 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, l'exécution de celle-ci saurait seulement se concevoir par voie d'un règlement grand-ducal répondant aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution, c'est-à-dire qui est conforme aux fins, aux conditions et aux modalités spécifiées par la loi. Il a ensuite observé que la disposition empiète sur les prérogatives constitutionnelles conférées au Grand-Duc par l'article 76, alinéa 1er de la Constitution en vertu duquel, «dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution». Le Conseil d'Etat s'est par conséquent formellement opposé à cette disposition.

---

17 Mém. A n° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886.



7. L'article 12 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[1]) dispose qu'«un règlement grand-ducal peut prévoir l'assimilation au régime des employés de l'Etat du personnel des établissements publics qui, auprès de l'Etat, répond à la notion „d'employé de l'Etat». Dans son avis du 21 janvier 2014 concernant ce projet de loi (doc. parl. *n° 6465*[3]), le Conseil d'Etat s'est interrogé sur l'opportunité de cette disposition. Il a en effet relevé que, dans la mesure où la création de tout établissement public doit, en vertu de l'article 108*bis* de la Constitution, faire l'objet d'une loi spéciale qui en définit, à côté de l'objet et des compétences, également les modalités de son fonctionnement organique, il n'est pas besoin de la disposition générale sous examen, mais il appartiendra à la loi portant création de l'établissement public, voire constitution de la Société nationale des CFL, de disposer dans quelle mesure il y a assimilation du personnel aux employés de l'Etat, et de déterminer s'il y a intérêt à accorder, le cas échéant, le statut des fonctionnaires à une partie ou à l'ensemble du personnel de l'établissement public. Il a par ailleurs précisé qu'à ses yeux, cette approche aurait le double avantage de régler, conformément à l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution, dans la loi formelle et non pas dans un règlement grand-ducal, le régime de travail des personnes concernées, et de donner au texte légal une bien plus grande flexibilité quant aux situations forcément distinctes des différents établissements publics visés. En attendant que l'article sous examen soit revu dans le sens préconisé, le Conseil d'Etat s'est vu obligé de réserver la question de la dispense du second vote constitutionnel sur ce point précis.

8. Le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. *n° 6459*[1]) dispose en son article 8, paragraphe 1er, alinéa 1er que, «sans préjudice des restrictions légales et réglementaires, le fonctionnaire bénéficie d'avancements en grade qui correspondent soit à un avancement en traitement, soit à une promotion conformément aux dispositions de la présente loi». Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6459*[3]), le Conseil d'Etat a demandé sous peine d'opposition formelle la suppression du terme «réglementaires» à l'endroit de la disposition précitée en ce que l'emploi de ce terme porte à croire qu'un acte réglementaire pourrait suffire pour faire exception à des dispositions légales dans une matière qui est réservée par la Constitution à la loi.

9. Dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. *n° 6459*[3]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de l'article 31 tendant à habiliter le pouvoir exécutif à modifier dans une matière réservée par la Constitution à la loi le champ d'application de la loi à exécuter.

c) *Finances publiques (articles 99 à 103 de la Constitution)*

1. Le projet de loi instaurant un système de contrôle et de sanctions relatif aux denrées alimentaires (doc. parl. *n° 6614*) prévoit en son article 14 la mise en place de taxes afin de couvrir les frais occasionnés par les opérations de contrôles officiels ou renforcés, de stockage, de destruction, de réexpédition ou de traitement spécial conformément aux dispositions prévues au règlement (CE) n° 882/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relatif aux contrôles officiels effectués pour s'assurer de la conformité avec la législation sur les aliments pour animaux et les denrées alimentaires et avec les dispositions relatives à la santé animale et au bien-être des animaux, en renvoyant à un règlement grand-ducal pour la détermination du montant de ces taxes ainsi que pour les modalités de perception.

   Dans son avis du 11 juillet 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6614*[3]), le Conseil d'Etat a relevé que les taxes visées sont purement rémunératoires, car perçues à l'occasion des opérations concernées et à ce titre assimilables à des redevances.

   Il a rappelé à cet égard qu'aux termes de l'article 102 de la Constitution, «Hors les cas formellement exceptés par la loi aucune rétribution ne peut être exigée des citoyens ou des établissements publics qu'à titre d'impôt au profit de l'Etat ou des communes» en précisant que la Constitution réserve l'instauration des redevances à la loi impliquant que la disposition légale doit en conséquence répondre aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution.

   Dans la mesure où il s'agit d'instaurer une taxe purement rémunératoire, le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle que la loi indique pour le moins le montant maximal de la taxe à percevoir.

2. Le projet de règlement grand-ducal concernant les frais de confection des tables décennales de l'état civil pour la période de 2003 à 2014, qui est pris sur base du décret du 20 juillet 1807 concernant les tables alphabétiques des actes de l'état civil, implique des charges financières pour l'Etat. Le Conseil d'Etat dans son avis du 18 juillet 2014 a observé à cet égard que si les activités, objet du financement, sont appelées à s'étaler sur plusieurs années, la matière relève de la loi en vertu de l'article 99 de la Constitution en précisant toutefois que tel n'est pas le cas pour les activités à rémunérer qui sont effectuées en un seul exercice. Il a par ailleurs signalé que, depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, l'article 32(3) de la Constitution subordonne à une attribution expresse du législateur le pouvoir du Grand-Duc d'intervenir dans les matières réservées par la Constitution à la loi, mais que cette attribution expresse fait toutefois défaut dans le décret précité du 20 juillet 1807. Le Conseil d'Etat a dès lors attiré l'attention des auteurs sur le fait que si le financement des activités visées devait grever le budget de l'Etat sur plus d'un



exercice, le règlement en projet serait dépourvu de base légale et risquerait d'encourir la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution.

3. L'article 31, paragraphe 4 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[1]) dispose que «Les employés de l'Etat peuvent bénéficier d'une mise à disposition des vêtements professionnels et de l'allocation d'une indemnité d'habillement dans les conditions et suivant les modalités à fixer par règlement grand-ducal». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6465*[3]) concernant ce projet de loi, a rappelé à l'égard de la disposition précitée qu'en vertu des articles 99 et 103 de la Constitution, toute charge financière greffant le budget de l'Etat est du domaine réservé à la loi formelle et qu'un règlement grand-ducal ne peut en conséquence se concevoir que si la loi qui relègue l'exécution de ses dispositions au pouvoir réglementaire répond aux conditions de l'article 32(3) de la Constitution, c'est-à-dire détermine les fins, les conditions et les modalités de l'intervention du pouvoir réglementaire. La disposition de l'article 31, paragraphe 4 ne répondant pas à ces exigences, le Conseil d'Etat s'y est dès lors formellement opposé.

4. En vertu de l'article 56 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[1]), les dispositions prévues à l'article 20 concernant la période de stage et les indemnités des employés en période de stage «ne sont pas applicables aux employés engagés avant le 1er janvier 2015. Pour ces employés, les anciennes dispositions réglementaires restent applicables». L'article 57 du projet de loi dispose quant à lui que «Par dérogation à l'article 21 de la présente loi, les anciennes dispositions relatives aux modalités de calcul de la bonification d'ancienneté de service telles qu'elles ont notamment été fixées par l'article 7 de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat restent applicables aux employés engagés avant le premier janvier 2014». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6465*[3]) a relevé ne pas comprendre pourquoi les auteurs ont retenu dans les articles précités deux dates différentes, surtout que la référence à celle du 1er janvier 2014 comporterait un effet rétroactif. Il a par ailleurs souligné que la phrase de l'article 56 en vertu de laquelle les anciennes dispositions réglementaires resteraient applicables pour les employés engagés avant la date du 1er janvier 2015 ne constitue pas une base légale juridique suffisante pour maintenir en vigueur le régime réglementaire actuel pour le compte de ces employés de l'Etat. Rappelant que la matière des indemnités de stage fait partie des matières qui en vertu des articles 99 et 103 de la Constitution relèvent du domaine de la loi formelle, le Conseil d'Etat a exigé que le futur régime juridique applicable aux employés de l'Etat adopte la forme d'une loi, sinon que la loi, conformément aux exigences de l'article 32, paragraphe 3, détermine au moins les fins,

les conditions et les modalités de l'intervention du pouvoir réglementaire. Il s'est en conséquence formellement opposé à la deuxième phrase de l'article 56.[18]

5. Le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. *n° 6459¹*) renvoie en son article 11, point 7 à un règlement grand-ducal concernant la détermination des «conditions et des modalités selon lesquelles les fonctionnaires peuvent soit bénéficier d'une majoration d'échelon pour postes à responsabilités particulières soit accéder aux grades de substitution». Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6459³*), le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard qu'en vertu des articles 99 et 103 de la Constitution, toute charge financière greffant le budget de l'Etat est du domaine réservé à la loi formelle. Considérant que la disposition légale sous revue ne répond pas aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution, qui exige que la loi détermine les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles le Grand-Duc peut prendre des règlements et arrêtés dans les matières réservées par la Constitution à la loi, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition précitée.[19]

6. Le paragraphe 1er de l'article 9 du projet de loi portant organisation de l'Administration des services vétérinaires (doc. parl. *n° 6659*) autorise l'administration à percevoir des taxes, et crée à cet effet une base légale pour un règlement grand-ducal devant déterminer le montant et les modalités de perception des taxes à «payer par les personnes physiques et morales pour les prestations et contrôles officiels de l'administration». En absence d'indications plus précises au sujet des «prestations» et des «contrôles» constituant les faits générateurs des taxes, le Conseil d'Etat a demandé, dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6659¹*), que la nature des taxes à percevoir soit précisée afin de permettre de déterminer s'il s'agit de taxes purement rémunératoires, assimilables aux redevances ayant un caractère civil, ou s'il s'agit, par contre, de taxes de quotités ayant un caractère fiscal. Il a relevé qu'une taxe fiscale est à considérer comme une «rétribution» au sens de l'article 102 de la Constitution et que son établissement appartiendrait au domaine des matières réservées à la loi. Il a rappelé que dans ces matières, et conformément à l'article 32(3) de la Constitution, «le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi». Le Conseil d'Etat a ensuite renvoyé à l'arrêt numéro 108/13 du 29 novembre 2013 (Mém. A n° 217 du 13 décembre 2013), dans lequel la Cour

18 En même sens l'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans cet avis à l'endroit des articles 58 et 74 de ce même projet de loi.

19 En ce sens les oppositions formelles que le Conseil d'Etat a émises dans ce même avis à l'endroit des articles 27, 28 et 48.

constitutionnelle a insisté à ce que l'essentiel du cadrage normatif résulte de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc, pour souligner que dans ces conditions il ne suffit pas d'énoncer dans la loi formelle le principe de la perception d'une taxe, en reléguant au règlement grand-ducal de déterminer les montants et les modalités des taxes à «payer par les personnes physiques et morales pour les prestations et les contrôles officiels de l'administration». Le Conseil d'Etat a en conséquence réservé sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

7. Le projet de loi relatif à la promotion du transport combiné (doc.parl. *n° 6645*) prévoit à l'article 4 l'introduction d'une aide au transport ferroviaire intérieur d'unités de transport intermodal (UTI) dont «le mode de financement étatique […] est arrêté par règlement grand-ducal». Dans son avis du 4 février 2014 sur le projet de loi précité (doc. parl. *n° 6645[1]*), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition en ce qu'elle est contraire à l'article 99 de la Constitution en vertu duquel aucune charge grevant le budget pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale, et qu'elle se heurte par ailleurs à l'article 103 de la Constitution aux termes duquel aucune gratification à charge du trésor ne peut être accordée qu'en vertu de la loi. Il a toutefois précisé que dans les matières, qui appartiennent au domaine de la loi, le Grand-Duc peut en vertu de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution prendre des règlements à condition pour le législateur de fixer les fins, les conditions et les modalités de cette intervention.

8. L'article 7 du projet de loi relatif à la promotion du transport combiné (doc. parl. *n° 6645*) traite des modalités d'octroi des aides de l'Etat et prévoit les mesures envers les bénéficiaires, ne respectant plus les conditions d'octroi des aides, ainsi que l'obligation de remboursement partiel ou total des subventions versées en capital à leur profit. A l'alinéa 2 de l'article précité, les auteurs du texte entendent déléguer au pouvoir exécutif le droit de préciser les conditions et modalités pour l'octroi des aides prévues, et aux alinéas 4 et 5 du même article, il est proposé que le remboursement total ou partiel de l'aide versée se fasse selon les modalités arrêtées par règlement grand-ducal. Dans son avis du 4 février 2014 sur le projet de loi précité (doc. parl. *n° 6645[1]*), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à ces dispositions qui dans une matière réservée à la loi ne répondent pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, en vertu duquel «Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi».

9. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 11 mars 2014 sur le projet de loi portant autorisation d'aliénation de trois immeubles administratifs en vue de leur

location et de leur rachat (doc. parl. *n° 6631[1]*), a exigé sous peine d'opposition formelle que le prix de rachat des immeubles par l'Etat au bout de cinq ans tel que proposé soit indiqué dans le projet de loi, conformément à l'article 99 de la Constitution.

d) *Enseignement et aides financières en faveur des élèves et des étudiants (article 23 de la Constitution)*

1. L'article 4, alinéa 5 du projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute (doc. parl. *n° 6578[3]*) dispose que «le cursus des études comprend une formation théorique et pratique dont les modalités sont fixées par règlement grand-ducal». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute et modifiant 1) le Code de la sécurité sociale; 2) la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; 3) la loi du 19 juin 2009 ayant pour objet la transposition de la directive 2005/36/CE pour ce qui est a) du régime général de reconnaissance des titres de formation et des qualifications professionnelles, b) de la prestation temporaire de service (doc. parl. *n° 6578[3]*), s'est formellement opposé au maintien de cette disposition en ce que, dans une matière réservée à la loi formelle, telle que l'enseignement, des règlements grand-ducaux ne se conçoivent que dans le cadre de l'article 32(3) de la Constitution, et donc «aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi».

2. Dans son avis du 25 février 2014 relatif au projet de loi modifiant la loi du 12 mai 2009 portant création d'une Ecole de la 2e Chance (doc. parl. *n° 6629[1]*), le Conseil d'Etat a relevé que l'alinéa 2 de l'article 7 nouveau de la loi précitée du 12 mai 2009, tel qu'il est proposé par l'article 4 sous examen, prévoit que les socles de compétence et les programmes de l'Ecole sont arrêtés par le ministre. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'en vertu de l'article 23 de la Constitution, l'enseignement relève des matières réservées à la loi formelle et s'est opposé formellement à la disposition précitée en ce qu'elle est contraire à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution qui réserve le pouvoir réglementaire au seul Grand-Duc. Le Conseil d'Etat a encore précisé que même dans l'hypothèse où les socles de compétence et les programmes de l'Ecole seraient fixés par règlement grand-ducal, la loi devrait, en vertu de l'article constitutionnel précité, spécifier les fins, les conditions et les modalités selon lesquelles ce règlement serait arrêté.[20]

---

20 En même sens l'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans ce même avis à l'endroit du nouvel article 7, alinéa 4 nouveau.



3. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) définit à l'article 5 les différentes catégories de bourses dont peut bénéficier l'étudiant. Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670[4]*), le Conseil d'Etat a relevé le caractère vague de la notion de «revenu total», qui est le critère d'accessibilité à la bourse sur critères sociaux visée au point 3 de l'article 5. Le Conseil d'Etat a souligné que cette notion appelle une série de questions: Quel est le revenu visé? S'agit-il du revenu brut ou du revenu disponible, c'est-à-dire le revenu imposable diminué des impôts sur le revenu? Si les parents n'ont pas de ménage commun, comment le calcul sera-t-il fait? Pour les familles recomposées, tiendra-t-on compte des revenus du ménage dont l'étudiant fait partie? Quelles sont les ressources retenues pour déterminer les critères sociaux si l'étudiant est marié ou s'il a conclu un partenariat légal?

   Le Conseil d'Etat a relevé que la disposition prévue a des contours trop flous et, de ce fait, ne satisfait pas à l'article 23 de la Constitution selon lequel la loi doit déterminer les critères du système d'aides financières en faveur des élèves et étudiants. Il a estimé que le critère du revenu, qui est essentiel pour déterminer le montant de la bourse sur critères sociaux, ne répond pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, selon lequel il y a lieu de fixer, en matière réservée à la loi, la finalité, les conditions et les modalités dans le texte même de la loi, lorsqu'il est envisagé de régler les détails par un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à la disposition proposée.

   Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat qui a pu être levée.

4. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) envisage en son article 7, paragraphe 2 une majoration de la bourse pour l'étudiant en situation grave et exceptionnelle.

   Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670[4]*), le Conseil d'Etat a constaté que la condition additionnelle, conformément à laquelle l'étudiant doit être confronté à des charges extraordinaires afin d'obtenir le bénéfice de cette majoration de la bourse, n'a pas été reprise de l'article 3 de la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures. Le texte proposé se limite en effet à disposer qu'«une majoration de mille euros est allouée à l'étudiant qui se trouve dans une situation grave et exceptionnelle». Le Conseil d'Etat a été d'avis que l'omission de la condition précitée rend le texte trop imprécis. Il a notamment fait valoir que la matière des bourses d'études relève en vertu de l'article 23 de la Constitution des matières réservées à la loi, impliquant que le législateur ne saurait charger une autorité réglementaire ou administrative de la détermination des conditions d'allocation de la majoration de bourse. Il s'est par

ailleurs référé à un arrêt récent du 29 novembre 2013 dans lequel la Cour constitutionnelle[21] a souligné que, dans les matières réservées par la Constitution à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit figurer dans la loi. Le Conseil d'Etat a dès lors insisté, sous peine d'opposition formelle, que la notion de «situation grave et exceptionnelle» soit définie avec plus de précision et qu'au moins la condition additionnelle figurant dans la loi précitée du 22 juin 2000 soit reprise par le nouveau libellé.

Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

5. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) introduit en son article 12 le principe de la pondération bourse/prêt pour des étudiants disposant d'un revenu propre. Le bénéficiaire visé est l'étudiant en apprentissage tout au long de la vie.

L'article tend à fixer les aides, bourses ou prêts, auxquels l'étudiant a ainsi droit suivant les seuils de revenus propres qu'il détermine en prenant comme base de référence le salaire social minimum pour non-qualifiés.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 3 juin 2014 (doc. parl. *n° 6670⁴*), n'a pas pu se déclarer d'accord avec le texte proposé en ce qu'il est trop imprécis. Il a notamment souligné que le mécanisme de pondération entre bourse et prêt est particulièrement vague et imprécis. Il a en effet eu du mal à comprendre comment les différentes catégories de la bourse sont prises en compte pour la pondération, et de quelle façon la variation du revenu entre les limites fixées est mise en œuvre.

Il a en outre relevé que le texte proposé ne renseigne pas quel revenu, brut ou disponible, est pris en compte pour la détermination des aides visées, et critiqué le recours, sans autre précision, à la notion de salaire social minimum pour non-qualifiés, notion de laquelle il ne ressort pas s'il s'agit du salaire social minimum calculé sur base horaire, mensuelle ou annuelle.

Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé au libellé de l'article 12 du projet de loi qu'il a estimé être contraire à l'article 23 de la Constitution en vertu duquel les dérogations à l'attribution de l'aide financière doivent être circonscrites avec précision dans la loi. Il a encore fait valoir que la formulation vague et imprécise est source d'insécurité juridique.

---

21 Arrêt n° 108/13 de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 2013 (Mémorial A n° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886).

e) *Santé (article 11, paragraphe 5 de la Constitution)*

L'amendement 5 des amendements parlementaires du 2 avril 2014 (doc. parl. *n° 6554*[6]) prévoit l'insertion des articles V et VI nouveaux dans le projet de loi portant 1) transposition de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers; 2) modification du Code de la sécurité sociale; 3) modification de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin vétérinaire; 4) modification de la loi modifiée du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien; 5) modification de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé; 6) modification de la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments; 7) modification de la loi modifiée du 16 janvier 1990 relative aux dispositifs médicaux.

L'article V nouveau propose l'introduction dans la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments d'un nouvel article 9-2 concernant la prescription transfrontalière de médicaments.

Dans son avis du 6 mai 2014 relatif aux amendements parlementaires précités (doc. parl. *n° 6554*[7]), le Conseil d'Etat a relevé que, d'après la formulation retenue au deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 9-2, des catégories spécifiques de médicaments pourraient être exclues par voie réglementaire de l'application du principe de l'équivalence des prescriptions établies dans un autre Etat membre de l'Union européenne, en Suisse ou dans un autre pays de l'EEE avec celles, à contenu identique, établies au Luxembourg. Le Conseil d'Etat a rappelé que la protection de la santé est, en vertu de l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution, une matière réservée à la loi formelle, et qu'un règlement grand-ducal ne peut se concevoir que pour régler la mise en œuvre du détail de ce que prévoit la loi. Le Conseil d'Etat a toutefois observé que la disposition précitée exclut «des catégories spécifiques de médicaments», si cela s'avère nécessaire pour «protéger la santé publique», sans toutefois préciser les médicaments ainsi visés, ni cerner de plus près la notion de santé publique. Il a en conséquence demandé, sous peine d'opposition formelle, la suppression du deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 9-2 en projet, en ce qu'il est contraire à l'article 32(3) de la Constitution qui dispose que le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi.

f) *Les forces de l'ordre (article 97 de la Constitution)*

1. Le projet de règlement grand-ducal modifiant 1) l'arrêté grand-ducal modifié du 23 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques (…) propose en son article 2 de conférer aux agents de l'Adminis-

tration des Ponts et Chaussées, qui relèvent de la carrière du cantonnier, ainsi qu'aux agents communaux appartenant à la carrière du cantonnier, de l'artisan ou de l'expéditionnaire technique, le droit de régler la circulation lorsque la mise en place, la bonne marche d'un chantier, la sécurité ou encore la fluidité de la circulation à l'occasion d'un chantier sont ou risquent d'être entravées. Dans son avis du 11 mars 2014 sur le projet de règlement grand-ducal précité, le Conseil d'Etat a rappelé, en se référant à l'article 97 de la Constitution, que les missions visées à l'article 2 du projet de règlement grand-ducal précité relèvent de matières que la Constitution réserve à la loi formelle. Il a en ce sens fait valoir que la surveillance du trafic routier et plus particulièrement les prérogatives de régler la circulation font partie des compétences de police administrative, conférées avec les missions de police judiciaire à la Police grand-ducale. Il a encore précisé que la notion de «forces de l'ordre» ne se limite pas seulement au cadre policier de la Police grand-ducale, mais vise l'ensemble des services auxquels la loi a confié des missions de maintien de l'ordre susceptibles d'être imposées par la voie de la contrainte. Il a dès lors conclu que la compétence pour déterminer les missions en question et pour désigner les organes chargés de leur exécution relève de la loi formelle en vertu de l'article 97 précité de la Constitution, qui dispose que «l'organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi». Si le Conseil d'Etat a pu noter qu'en vertu de l'article 6 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques «… les agents de la carrière du cantonnier de l'Administration des Ponts et Chaussées spécialement habilités à cet effet par le directeur de l'Administration sont chargés d'assurer l'exécution des dispositions légales et réglementaires et de dresser procès-verbal des infractions à ces dispositions», il a toutefois estimé, en se référant à un arrêt récent de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 2013 (n° 108/13), qui a retenu que dans les matières réservées à la loi le pouvoir réglementaire ne peut arrêter des mesures d'exécution que la loi entend lui conférer que si la loi précise les fins, les conditions et les modalités selon lesquelles le pouvoir réglementaire peut intervenir, que l'article 6 précité prévoit une base légale insuffisante au regard de la jurisprudence précitée pour attribuer aux cantonniers les compétences visées. Pour cette raison, et afin d'éviter la sanction de l'article 95 de la Constitution, le Conseil d'Etat a demandé que la compétence que les auteurs entendent accorder, à travers l'article 2 du règlement grand-ducal en projet, aux cantonniers de l'Etat et aux agents communaux visés fasse l'objet d'une loi, et que parallèlement soient réglées les questions de mise en œuvre de cette compétence.

2. L'article 13, paragraphe 3 du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*), dispose que «Le Ministre ayant dans ses attributions



les Affaires étrangères désigne les inspecteurs qui auront la qualité d'officier de police judiciaire pour les besoins de l'application de la présente loi. Avant d'entrer en fonction, ces inspecteurs prêtent devant le tribunal d'arrondissement de leur domicile, siégeant en matière civile, le serment suivant: «Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité». L'article 458 du Code pénal leur est applicable. Dans son avis du 12 novembre 2013, le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent et qu'ils justifient une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. L'organisation et les attributions des forces de l'ordre sont en effet, en vertu de l'article 97 de la Constitution, du ressort de la loi formelle. Le Conseil d'Etat a précisé que si le principe de la formation spéciale doit en vertu de l'article 23 de la Constitution être prévu par la loi formelle, les modalités d'organisation de la formation pourront être reléguées à un règlement grand-ducal.

g) *Les établissements publics (article 108*bis *de la Constitution)*

L'article 3 du projet de règlement grand-ducal relatif à des services réguliers en vertu du règlement (UE) n° 118/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar entend désigner l'établissement public «Communauté des transports» (ci-après «CdT») autorité compétente pour l'application du règlement européen précité. Pour ce faire, il se réfère expressément à l'article 7bis, dernier tiret de la loi modifiée du 29 juin 2004 sur les transports publics, qui énumère au rang des missions de la CdT «l'analyse des besoins nouveaux et la gestion des réclamations qui sont portées à sa connaissance». Dans son avis du 24 juin 2014, le Conseil d'Etat a considéré que la mission d'appliquer le règlement européen et de prendre les mesures nécessaires pour en assurer le respect ne se limite pas à la gestion des réclamations, de sorte que la nouvelle mission qu'il est proposé de confier à la CdT ne saurait s'inscrire dans la mission légale de l'établissement public. Il a fait valoir que l'article 108*bis* de la Constitution érige la création et la détermination de l'organisation et de l'objet des établissements publics en matières réservées à la loi formelle, et que partant l'adjonction de nouvelles missions à l'objet d'un établissement public n'est pas possible par voie de règlement grand-ducal. Il a dès lors proposé de reprendre la disposition sous examen dans le cadre du projet de loi déterminant le régime des sanctions applicables en cas de violation des dispositions du règlement (UE) n° 181/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar; modifiant la loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation; modifiant la loi du 29 juin 2014 portant sur les transports publics.

C) INSTITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

1) Le Grand-Duc

La prérogative du Grand-Duc d'organiser son Gouvernement

1. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 2 l'insertion d'un nouvel article 1erquinquies dans «le statut des fonctionnaires» qui tend entre autre à définir le chef d'administration comme étant «le fonctionnaire chargé de la coordination d'un département ministériel (…)». Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457[3]*), le Conseil d'Etat a d'abord relevé que cette définition s'oppose à l'article 4 de l'arrêté grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal et qui est pris en exécution de l'article 76 de la Constitution. En effet, en vertu de l'article 4 précité, «chaque membre du Gouvernement a la direction d'un département ministériel», et c'est dès lors le ministre qui doit être considéré comme chef de son département ministériel. Le Conseil d'Etat s'est ensuite opposé formellement à la définition précitée en ce qu'elle empiète sur la prérogative constitutionnelle du Grand-Duc d'organiser son Gouvernement, consacrée par l'article 76, alinéa 1er de la Constitution.

2. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 41 l'insertion d'un nouvel article 35*bis* dans «le statut des fonctionnaires» qui a trait au traitement des données à caractère personnel des agents de l'Etat en activité de service, des agents de l'Etat retraités et des candidats aux postes vacants. L'alinéa premier de cet article dispose à cette fin que «Le ministre traite au sein de son département, de ses administrations et de ses services, et conjointement avec les autres départements ministériels, administrations et services de l'Etat, pour ce qui est des candidats aux postes qui en dépendent, du personnel y nommé ou affecté et des bénéficiaires d'une pension de la part de l'Etat, les données à caractère personnel nécessaires à l'exécution des processus centraux et locaux de gestion du personnel. (…).» Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457[3]*), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition pour être contraire à l'article 76, alinéa 1er de la Constitution en vertu duquel «Le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement». En vertu de l'article 76, alinéa 1er précité de la Constitution,



il n'appartient en effet pas à la loi formelle de régir la collaboration interministérielle qui fait partie de l'organisation du Gouvernement.[22]

3. Le paragraphe 1er de l'article 8 du projet de loi portant organisation de l'Administration des services vétérinaires (doc. parl. n° 6659) attribue la désignation du directeur de l'administration, parmi les fonctionnaires de la carrière du médecin-vétérinaire de l'Administration, au ministre ayant l'Agriculture dans ses attributions. Dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6659[1]*), le Conseil d'Etat a toutefois rappelé que l'Administration des services vétérinaires relève de deux ministres, et que le choix du directeur de cette administration devrait dès lors pour le moins relever du Gouvernement en Conseil, en vertu de l'article 8, alinéa 5 de l'arrêté royal grand-ducal modifié du 9 juillet 1857 portant organisation du gouvernement grand-ducal, qui dispose que «Les affaires qui concernent à la fois plusieurs départements, sont décidées en Conseil». Il a en tout état de cause souligné que la disposition proposée est contraire à l'article 76 de la Constitution qui réserve expressis verbis la compétence exclusive d'organiser son Gouvernement au Grand-Duc et que la disposition se heurte par ailleurs au principe de la séparation des pouvoirs. Le Conseil d'Etat s'y est dès lors formellement opposé.

La prérogative du Grand-Duc d'exécuter les lois

Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) 4) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 70 de modifier l'article 6 de la loi précitée du 15 juin 1999. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457[3]*), n'a pas été d'accord avec la modification envisagée à l'article 6 précité prévoyant la prise d'un règlement grand-ducal «sur avis obligatoire du Ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions». Le Conseil d'Etat a souligné d'emblée que les actes réglementaires à soumettre à la signature du Chef de l'Etat doivent obligatoirement être délibérés au préalable par le Gouvernement en conseil et qu'à cette occasion, chaque membre du

---

22 En ce même sens: – L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise à l'endroit de l'article 43 de ce même projet de loi tendant à compléter l'article 36-1 du Statut par un paragraphe 2 visant la création au sein de l'administration luxembourgeoise d'un réseau de correspondants ayant pour mission d'assurer «la collaboration entre le département de la fonction publique et les autres départements ministériels et administrations dans les domaines entre autres de la gestion des ressources humaines, de la formation et des technologies de l'information». – L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a prononcée à l'encontre de l'article 75 du projet de loi proposant de modifier l'article 1er de la loi modifiée du 30 juin 1947 portant organisation du Corps diplomatique par l'ajout de la précision que «le personnel diplomatique comprend des directeurs du département des Affaires étrangères et un secrétaire général du département des Affaires étrangères.» – L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6459[3]*) à l'endroit de l'article 10 du projet de loi fixant les régimes des traitements et les conditions d'avancement des fonctionnaires de l'Etat.

gouvernement peut émettre son avis, y compris et à plus forte raison le ministre du ressort qui, en l'espèce, est celui de la Fonction publique. Il a ensuite observé que par l'exigence d'un avis ministériel obligatoire comme condition de l'adoption du règlement grand-ducal, les prérogatives que tient le Grand-Duc de l'article 36 de la Constitution seraient limitées, ou pourraient même être tenues en échec si le ministre s'obstinait à ne pas émettre d'avis, ce qui ne saurait se concevoir au regard de la compétence autonome que confère la Constitution au Grand-Duc dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire d'exécution. Le Conseil d'Etat a dès lors demandé qu'il soit fait abstraction de l'avis ministériel obligatoire sous peine d'opposition formelle.

La compétence exorbitante du Grand-Duc résultant de l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution

L'article 40, paragraphe 1er, alinéa 1er du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers tel que amendé (doc. parl. *n° 6533*[5]) dispose que «En cas de rupture majeure d'approvisionnement, de décision internationale effective de mise en circulation de stocks, d'urgence particulière ou pour faire face à des crises locales, le Grand-Duc peut prendre des mesures réglementaires temporaires:

a) mettre en circulation rapidement, efficacement et d'une manière transparente tout ou partie des stocks de sécurité;

b) restreindre de façon globale ou spécifique la consommation en fonction du déficit estimé des approvisionnements;

c) attribuer en priorité des produits pétroliers à certaines catégories de consommateurs;

d) restreindre de façon globale ou spécifique l'importation, l'exportation et le transport de certains ou de l'ensemble des produits pétroliers;

e) réglementer la détention et le stockage de certains ou de l'ensemble des produits pétroliers.»

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 18 juillet 2014 (doc. parl. *n° 6533*[6]), a tout d'abord rappelé que l'article 32(4) de la Constitution confère actuellement au pouvoir réglementaire du Grand-Duc une compétence exorbitante, lui permettant, «en cas de crise internationale, s'il y a urgence, [de] prendre en toute matière des règlements même dérogatoires à des dispositions légales existantes», la durée de validité des dispositions réglementaires ainsi prises étant toutefois limitée à trois mois. Il a considéré que les autorités nationales en charge de l'approvisionnement du pays en produits pétroliers devraient prioritairement avoir recours aux possibilités déjà offertes par l'article 32(4) de la Constitution pour réagir contre une rupture majeure d'approvisionnement, voire pour prévenir une telle rupture, chaque fois qu'une crise internationale se manifeste en la matière.



2) Chambre des députés

a) *Le règlement de la Chambre des députés*

L'article 1er, a) de la proposition de loi modifiant 1. la loi du 15 juin 2004 portant organisation du Service de renseignement de l'Etat; 2. l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle (doc. parl. *n° 6589*) avait pour objet la modification de l'article 14 de la loi précitée du 15 juin 2004 relatif à la composition de la Commission de contrôle parlementaire. Il était proposé que cette commission serait dorénavant composée de «représentants des groupes politiques et des groupes techniques représentés à la Chambre des députées». L'article 14, dans sa teneur au moment de la saisine du Conseil d'Etat, prévoyait que ladite commission parlementaire serait composée des présidents des groupes politiques représentés à la Chambre des députés. Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 a fait valoir concernant cette proposition de modification que «si l'institution du contrôle parlementaire est du domaine de la loi, le mode suivant lequel cette attribution est exercée par la Chambre des députés relève de son règlement en vertu de l'article 70 de la Constitution». L'article 70 précité dispose en effet que «La Chambre détermine par son règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions». Le Conseil d'Etat sur base de ces considérations a proposé de formuler l'article 14 précité comme suit: «Les activités du Service de Renseignement sont soumises au contrôle d'une Commission parlementaire».

b) *Le statut de l'Administration parlementaire dans l'administration étatique*

Le projet de loi fixant les conditions et modalités selon lesquelles le fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration (doc. parl. *n° 6463*[1]) prévoit en son article 1er que les dispositions de la loi en projet s'appliquent également aux fonctionnaires de l'Administration parlementaire. Concernant cette disposition, le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6463*[3]) a rappelé, en se référant à son avis du 16 novembre 2011 portant sur la proposition de loi qui est devenue la loi du 7 aout 2012 modifiant la loi modifiée du 27 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles le fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat ainsi que la loi électorale du 18 février 2003 (doc. parl. *n° 6299*[3]), que l'Administration parlementaire ne constitue pas une entité à statut spécial dans le cadre de l'administration étatique. Dans l'avis précité, le Conseil d'Etat avait en effet demandé que soit abandonnée, sous peine d'opposition formelle, toute mention qui laisserait entendre que la Chambre des députés n'est pas comprise dans la notion plus générale d'«Etat» ou qu'elle serait perçue comme un Etat dans l'Etat. Sur base de ces mêmes considérations, le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé à la disposition précitée.

3) Cours et tribunaux

La procédure devant les juridictions administratives

Le Conseil d'Etat dans son avis du 6 mai 2014 (doc. parl. *n° 6563B*[2]) s'est formellement opposé à la disposition que l'article 1er, point 4) du projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives; (…) a proposé d'ajouter à la loi précitée du 7 novembre 1996, aux fins de permettre au tribunal de reporter les effets d'un acte administratif annulé[23]. Il a notamment fait valoir que cette disposition porterait atteinte à l'article 95 de la Constitution en vertu duquel «les cours et les tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois». Avant d'en venir à cette conclusion, le Conseil d'Etat a analysé le régime proposé surtout au regard de celui existant en Belgique, dont le cadre légal est comparable. La disposition proposée est en effet inspirée de l'article 14*ter* des lois sur le Conseil d'Etat belge coordonnées le 12 janvier 1973, qui disposait dans sa version antérieure à la loi du 19 janvier 2014[24] portant réforme de la compétence et de l'organisation du Conseil d'Etat que «Si la section du contentieux administratif [du Conseil d'Etat] l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine». La Cour constitutionnelle belge a été appelée à statuer sur la conformité de ce régime avec le principe de la légalité qui est consacré par l'article 152 de la Constitution belge[25], dont la teneur est quasiment identique à celle de l'article 95 précité de la Constitution luxembourgeoise, dans un arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012. Elle a jugé que le maintien des effets de l'acte annulé ne s'oppose pas au principe constitutionnel de la légalité si des raisons exceptionnelles le justifient, ce qui est le cas lorsque l'annulation heurte le principe de la sécurité juridique ou de la continuité du service public, circonstances qui seraient de nature à primer le principe de la légalité. Le Conseil d'Etat dans son avis précité du 6 mai 2014 a observé concernant cet arrêt de la Cour constitutionnelle belge qu'en vertu de l'article 95*ter*[26] de la Constitution [luxembourgeoise] et de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle [luxembourgeoise], la compétence de la Cour constitutionnelle est limitée au contrôle de la conformité des lois par

---

23 Article 1er, point 4): Si le tribunal l'estime nécessaire, il indique ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'il détermine.

24 En vigueur au moment du dépôt du projet de loi.

25 Art. 152. Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.

26 Article 95*ter* de la Constitution: La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.



rapport à la Constitution, à l'exception des lois portant approbation de traités. La conséquence en étant que la portée du contrôle de la Cour constitutionnelle [luxembourgeoise] se distingue de la portée du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle belge, qui, outre de contrôler la conformité des lois par rapport à la Constitution, vérifie également leur conformité par rapport aux principes généraux de droit, tels que le principe de sécurité juridique, et par rapport à des conventions internationales, dont notamment la Convention européenne des droits de l'homme[27]. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas pu partager l'argumentation avancée par les auteurs suivant laquelle le maintien des effets de l'acte réglementaire annulé serait caution de sécurité juridique alors que la disposition proposée n'empêcherait pas, les juges judiciaire et administratif constatant tous les deux l'illégalité d'un acte réglementaire, de tirer des conclusions diamétralement opposées. La juridiction judiciaire, qui ne serait en effet pas liée par l'autorité de la chose jugée du jugement d'annulation, en ce compris le maintien dans le temps des effets de l'acte réglementaire annulé, pourrait en effet constater incidemment l'illégalité d'un acte dérivé pris en exécution d'un règlement annulé et refuser de l'appliquer. Le Conseil d'Etat a enfin fait valoir que la question du maintien des effets de l'acte administratif à caractère réglementaire ne se pose pas dans les mêmes termes au Luxembourg et en Belgique où l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est rétroactive, c'est-à-dire que l'acte annulé n'existe plus, voire n'est censé n'avoir jamais existé. Au Luxembourg, il est en effet précisé à l'article 7, paragraphe 3 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, concernant le recours en annulation des actes à caractère réglementaire, que «l'annulation a un caractère absolu à partir du jour où elle est coulée en force de chose jugée». Il a souligné que cette disposition a été spécialement prévue pour éviter «le débat jurisprudentiel qu'a connu la Belgique et toutes les perturbations que l'annulation rétroactive du règlement pourrait engendrer[28]».

4) Administrations publiques

L'absence de pouvoir normatif des administrations publiques

Aux termes de l'article 7, paragraphe 1er, alinéa 1er du projet de loi relatif à l'archivage électronique et modifiant la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (doc. parl. *n° 6543*), «L'ILNAS peut procéder à tout moment à la suspension ou au retrait du statut de prestataire de services de dématérialisation ou de

---

27 Les principes généraux de droit n'ont pas valeur constitutionnelle au Luxembourg.

28 Extrait du rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle concernant le projet de loi portant réforme du Conseil d'Etat (doc. parl. *n° 3940*[9]), le projet de loi portant organisation des juridictions de l'ordre administratif (*n° 3940*[7]) et le projet de loi modifiant la loi modifiant la loi du 27 octobre 1995 portant modification de la loi modifiée du 8 février 1961 portant organisation du Conseil d'Etat (*n° 3940*[B2]).

conservation (PSDC) en cas de la découverte de tout événement, circonstance ou incident de nature à causer, ou avoir causé, une violation par le (PSDC) des dispositions de la présente loi, des règlements pris en son exécution ou de la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC». Dans son avis du 8 octobre 2013 (doc. parl. *n° 6543*[3]), le Conseil d'Etat a rappelé que l'ILNAS en tant qu'administration ne détient pas de pouvoir normatif et n'est dès lors pas autorisé à édicter des normes juridiques, cette compétence étant réservée aux seules instances désignées à ce dessein par la Constitution. En effet, à en juger d'après le libellé proposé, la règle technique d'exigences et de mesures pour la certification de PSDC serait mise en place par l'ILNAS. C'est dès lors sous peine d'opposition formelle que le Conseil d'Etat a demandé la suppression du renvoi à la «règle technique d'exigences et de mesures pour la certification des PSDC» qui pourrait, le cas échéant, être reprise sous forme d'un règlement grand-ducal suivant la finalité, les conditions et les modalités fixées dans la loi formelle, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

5) Etablissements publics

Objet de la loi portant création d'un établissement public

L'article 12 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[1]) dispose qu'«un règlement grand-ducal peut prévoir l'assimilation au régime des employés de l'Etat du personnel des établissements publics qui, auprès de l'Etat, répond à la notion d'«employé de l'Etat»». Dans son avis du 21 janvier 2014 concernant ce projet de loi (doc. parl. *n° 6465*[3]), le Conseil d'Etat s'est interrogé sur l'opportunité de cette disposition. Il a en effet relevé que, dans la mesure où la création de tout établissement public doit, en vertu de l'article 108*bis* de la Constitution, faire l'objet d'une loi spéciale qui en définit, à côté de l'objet et des compétences, également les modalités de son fonctionnement organique, il n'est pas besoin de la disposition générale sous examen, mais il appartiendra à la loi portant création de l'établissement public, voire constitution de la Société nationale des CFL, de disposer dans quelle mesure il y a assimilation du personnel aux employés de l'Etat, et de déterminer s'il y a intérêt à accorder, le cas échéant, le statut des fonctionnaires à une partie ou à l'ensemble du personnel de l'établissement public. Il a par ailleurs précisé qu'à ses yeux, cette approche aurait le double avantage de régler, conformément à l'article 11, paragraphe 4 de la Constitution, dans la loi formelle et non pas dans un règlement grand-ducal, le régime de travail des personnes concernées et de donner au texte légal une bien plus grande flexibilité quant aux situations forcément distinctes des différents établissements publics visés. En attendant que l'article sous examen soit revu dans le sens préconisé, le Conseil d'Etat s'est vu obligé de réserver la question de la dispense du second vote constitutionnel sur ce point précis.



6) Forces de l'ordre

Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat ne relevant pas de la police judiciaire

A l'article 9 du projet de loi amendé portant réglementation de l'activité d'assistance parentale et portant abrogation de la loi du 30 novembre 2007 portant réglementation de l'activité d'assistance parentale (doc. parl. *n° 6409*[6]), il est prévu, pour les besoins de l'instruction de la demande d'agrément en tant qu'assistant parental, que «les agents ou services mandatés par le ministre procèdent à une visite sur les lieux». Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6409*[10]), a donné à considérer qu'aux termes de l'article 97 de la Constitution, l'«organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi». Même si la notion de «forces de l'ordre» n'est pas autrement définie, le Conseil d'Etat a considéré que, d'après la volonté du Constituant, l'article 97 impose que «l'organisation et les attributions de services ayant des pouvoirs de police ne peut se faire qu'en vertu d'une loi», et qu'il n'y a dès lors pas lieu de distinguer, ni sur le plan fonctionnel entre pouvoirs de police judiciaire et pouvoirs de police administrative ou encore entre mesures de police juridiques et mesures de police matérielles, ni sur le plan organique entre autorités de police et forces de police. Il a conclu que, dans cette logique, il appartient à la loi formelle de désigner avec précision les organes, administrations ou services de l'Etat auxquels des pouvoirs de police sont attribués, ainsi que les carrières auxquelles les fonctionnaires qui les exercent doivent appartenir.

Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé au texte de l'article 9 précité, en ce qu'il ne répond pas aux exigences de précision requises par l'article 97 de la Constitution[29].

29 En même sens: – L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans son avis complémentaire du 25 mars 2014 (doc. parl. *n° 6555*[3]) à l'endroit de l'article I, point 16° du projet de loi portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe (doc. parl. *n° 6555*), qui vise à modifier l'article L. 551-3, paragraphe 2, alinéa 2 du Code du travail, qui ne pose aucune limite quant aux pouvoirs des «agents dûment mandatés» qui «peuvent accéder librement aux établissements, locaux et lieux de travail».

D) FINANCES PUBLIQUES

1) Le principe de la légalité de l'impôt

1. Dans son avis du 11 juillet 2014 relatif au projet de loi portant financement du Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (doc. parl. *n° 6679*[4]), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à la disposition qui prévoit que la durée de trente ans, pendant laquelle la fondation recevra des subventions étatiques d'un maximum de 12 millions d'euros par an, est renouvelable. Aux yeux du Conseil d'Etat, la durée illimitée ainsi projetée est contraire à l'article 99 de la Constitution qui exige que tout engagement financier important de l'Etat doit être autorisé par une loi spéciale.

Dans le même avis, le Conseil d'Etat s'est de manière générale prononcé contre les projets financiers de grande envergure, issus de conventions d'ores et déjà signées par le Gouvernement et ne comprenant pas de clause suivant laquelle ces engagements financiers sont convenus sous réserve de l'approbation du législateur. Le Conseil d'Etat a insisté pour que le législateur soit à l'avenir saisi des projets de loi engageant l'Etat pour un montant dépassant le seuil de 40.000.000 euros, inscrit à l'article 80 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, avant la signature des conventions comportant de tels engagements.

2. Le projet de loi relatif à l'équipement des bâtiments de la première phase de construction de la Cité des Sciences à Belval (doc. parl. *n° 6697*) a pour objet d'autoriser la dépense d'investissement requise pour procéder à l'équipement des bâtiments de la première phase de construction de la Cité des Sciences à Belval destinée à accueillir les activités d'enseignement et de recherche ainsi que les services d'administration et d'encadrement social de l'Université du Luxembourg. Dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6697*[1]), le Conseil d'Etat a fait valoir qu'aux termes de l'article 99 de la Constitution, l'autorisation de la Chambre des députés prescrite en cas d'engagement financier important de l'Etat doit intervenir sous forme d'une loi spéciale étant suffisamment précise sur l'affectation de l'enveloppe financière qu'il est demandé à la Chambre des députés d'autoriser. Le Conseil d'Etat a conclu que cette exigence n'est pas honorée si le texte du projet de loi se réfère sans autre précision aux bâtiments de la première phase de construction d'un grand projet immobilier, sans détailler quels sont les immeubles concrètement visés. Il a dès lors demandé, sous peine d'opposition formelle, au motif que le texte ne répond pas au caractère de spécificité requis par l'article 99 précité de la Constitution, d'énumérer l'ensemble des bâtiments à équiper à charge du montant retenu pour la dépense d'investissement projetée.



2) Le principe de l'universalité budgétaire

Le paragraphe 2 de l'article 9 du projet de loi portant organisation de l'Administration des services vétérinaires (doc. parl. *n° 6659*) prévoit que des vétérinaires praticiens peuvent être chargés par les ministres d'effectuer certaines tâches d'inspection, la rémunération de leurs services s'effectuant par le biais des taxes perçues par l'administration. Dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6659¹*), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition pour être contraire au principe de l'universalité du budget inscrite à l'article 104 de la Constitution[30]. L'article 104 de la Constitution interdit en effet les compensations entre recettes et dépenses, de même qu'il interdit l'affectation de certaines catégories de recettes à certaines catégories de dépenses.

E) DROIT INTERNATIONAL

1) La compétence d'approbation de la Chambre des députés

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 sur le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490¹*), a observé dans les considérations générales de cet avis que l'intitulé de la loi en projet laisse entendre que le projet de loi aurait pour objet l'approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (ci-après, la «convention»). Le Conseil d'Etat a fait valoir que cette convention a déjà été approuvée par une loi du 10 avril 1997 et qu'elle ne saurait dès lors être approuvée une seconde fois. La loi en projet prévoyant par ailleurs l'abrogation de la loi précitée du 10 avril 1997, le Conseil d'Etat a observé que la Chambre des députés ne saurait, sans violer l'article 37 de la Constitution, abroger cette loi d'approbation. Il a relevé que la loi du 10 avril 1997 est une loi d'autorisation donnée en vue d'une action d'ordre procédural, à savoir la ratification d'une convention internationale par le Chef de l'Etat et que, suite à cette approbation, la Chambre des députés a épuisé sa compétence d'approuver la convention. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à l'abrogation de la loi précitée du 10 avril 1997 et à une deuxième approbation de la convention internationale visée.

---

30 Toutes les recettes et dépenses de l'Etat doivent être portées au budget et dans les comptes.

2) La primauté du droit international sur le droit national

1. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 sur le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*[1]), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 2, paragraphe 1er selon laquelle «Sauf indication contraire, les termes de la présente loi s'entendent au sens de la Convention». Le Conseil d'Etat a relevé que la mention «sauf indication contraire» signifie que la loi nationale mettant en œuvre la convention pourrait déroger aux dispositions de celle-ci. Ceci ne saurait toutefois être le cas en ce que le droit international prime le droit national et que, par ailleurs, le Luxembourg en tant que partie à la convention s'oblige à une exécution intégrale et de bonne foi de la convention d'après l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969 et approuvée par la loi du 4 avril 2003 (Mém. A n° 51 du 25 avril 2003, p. 886).

2. Aux termes de l'article 15, paragraphe 4 du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 «(4) L'Autorité nationale peut communiquer les données ou informations visées au paragraphe (2) à des organisations ou entités internationales si les conditions énoncées aux paragraphes (1) et (3) sont remplies, auquel cas la conclusion d'un accord de réciprocité n'est pas nécessaire».

   Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490*[1]), a souligné que le bout de phrase renvoyant à la conclusion d'un éventuel accord de réciprocité est confus en ce que la convention à ratifier ne contient pas de disposition traitant de la réciprocité. Il a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle des précisions concernant cette disposition de l'article 15, paragraphe 4.

3. L'article 20, paragraphe 1er du projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*), dispose que les inspecteurs du Secrétariat technique de l'Organisation sont «agréés, dans les délais prévus par la Convention, par l'Autorité nationale». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 (doc. parl. *n° 6490*[1]), a observé que la Convention ainsi que son annexe (deuxième partie et dixième partie) sont muettes sur un tel agrément. Il s'y est opposé formellement.



F) DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

1) Les libertés à la base du marché intérieur de l'Union européenne

a) *La libre circulation des personnes*

Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6612*[3]) au sujet du projet de loi relatif 1) au titre d'artiste 2) aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle 3) à la promotion de la création artistique, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'article 1er, paragraphe 3, qui dispose que peuvent seuls être bénéficiaires des mesures sociales visées par le projet précité les personnes qui, soit résident au Luxembourg au moment de la demande d'admission au bénéfice des mesures sociales, soit y ont résidé pendant au moins deux ans, de manière continue ou non, au cours des cinq dernières années qui précèdent la demande. Le Conseil d'Etat a relevé dans son avis qu'il ressortait des arrêts C-206/10 du 5 mai 2011 *Commission/Allemagne*, C-94/07 du 17 juillet 2008 *Raccanelli*, C-213/05 du 28 septembre 2006 *Geven*, C-299/01 du 20 juin 2002 *Commission/Luxembourg*, C-249/83 du 27 mars 1985 *Hoeckx*, C-261/83 du 12 juillet 1984 *Castelli v. ONTPS*, C-53/81 du 23 mars 1982 *Levin v. Staatssecretaris van Justitie*, que l'artiste était un travailleur (salarié ou non salarié, indépendant ou non) et que les mesures sociales proposées par le projet de loi constituaient un avantage social au sens de la législation européenne. Il en a conclu que les citoyens de l'Union européenne, en particulier les artistes frontaliers, devaient être traités de la même manière que les nationaux, entraînant que la clause de résidence envisagée pour entrer dans le bénéfice des mesures sociales n'était pas valable, voire contraire au droit de l'Union européenne.

b) *La libre prestation des services*

La directive «Services»

Le projet de règlement grand-ducal relatif a) aux installations de combustion alimentées en combustible solide ou liquide d'une puissance nominale utile supérieure à 7 kW et inférieure à 20 MW b) aux installations de combustion alimentées en combustible gazeux d'une puissance nominale utile supérieure à 3 MW et inférieure à 20 MW prévoit de limiter la validité de l'agrément de la formation continue des contrôleurs de chauffage à une durée de cinq ans. Dans son avis du 22 octobre 2013, le Conseil d'Etat s'est demandé si cette disposition est conforme à l'article 11, paragraphe 1er de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite directive «Services», qui interdit l'octroi d'autorisations ouvrant accès à des activités de services, ayant une durée limitée, à moins que cette durée limitée d'autorisation ne soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Il a demandé que les auteurs

du projet de règlement grand-ducal fournissent des justifications répondant aux exigences précitées de l'article 11, paragraphe 1er de ladite directive «Services».

c) *La liberté d'établissement*

L'article 5 du projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute et modifiant 1) le Code de la sécurité sociale; 2) la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; 3) la loi du 19 juin 2009 ayant pour objet la transposition de la directive 2005/36/CE pour ce qui est a) du régime général de reconnaissance des titres de formation et des qualifications professionnelles, b) de la prestation temporaire de service (doc. parl. *n° 6578*) prévoit de laisser à l'appréciation du ministre la faculté d'obliger le psychothérapeute à se limiter à un seul cabinet ou lieu d'établissement, afin de garantir la continuité des soins aux patients.

Dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6578³*), le Conseil d'Etat a relevé d'emblée, en se référant à l'article 49 TFUE[31] [32] et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment à l'arrêt du 12 juillet 1984, *Ordre des avocats au barreau de Paris v. Onno Klopp* (affaire 107/83), que l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement s'étend également à la restriction, pour un ressortissant d'un Etat membre, de créer un centre d'activité sur le territoire d'un autre Etat membre. Dans l'arrêt précité, qui concernait l'exercice de la profession d'avocat, la Cour de Justice de l'Union européenne avait précisé à cet égard qu'il faut toutefois reconnaître à l'Etat membre d'accueil le droit, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, d'exiger des avocats inscrits à un barreau de son territoire qu'ils exercent leurs activités de manière à maintenir un contact suffisant avec leurs clients et les autorités judiciaires, mais sans que de telles exigences ne sauraient avoir pour effet d'empêcher les ressortissants des autres Etats membres d'exercer effectivement le droit d'établissement qui leur est garanti par le traité. Le Conseil d'Etat a ainsi fait valoir, sur base de ces considérations, que s'il est vrai que certaines exigences peuvent être posées pour garantir l'objectif poursuivi qui est en l'espèce l'assurance de la continuité des soins en psychothérapie, qui relève du domaine de la protection de la santé publique, toujours est-il que ces exigences

---

31 Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne: «Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre.
La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

32 A noter que la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (directive «Services») n'est pas applicable en matière de prestations de soins.



doivent reposer sur des critères transparents et objectifs, permettant de cerner le pouvoir discrétionnaire du ministre imposant de telles exigences à un psychothérapeute, ressortissant d'un autre Etat membre et vérifiables par les juridictions.

Le Conseil d'Etat s'est opposé formellement au maintien de la disposition dans sa teneur actuelle, pour non-conformité aux exigences du droit de l'Union européenne.

3) Mise en œuvre du droit de l'Union européenne

a) *Transposition incomplète d'une directive*

Dans son avis du 20 mai 2014, le Conseil d'Etat a émis trois oppositions formelles pour transposition incomplète des articles 5, paragraphe 2, 17, paragraphe 5, et 20, paragraphes 2 et 3 de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution.

b) *Transposition des directives par voie de règlement grand-ducal en matière de circulation routière*

Le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 février 1998 portant exécution de Directives de l'Union européenne relatives à la réception des véhicules à moteur et de leurs remorques ainsi que des tracteurs agricoles et forestiers à roues a pour objet la transposition de la directive 2013/60/UE[33]. La possibilité de la transposition par voie d'un règlement grand-ducal est prévue par l'article 2, paragraphe 4 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques qui dispose que «En vue de leur immatriculation au Luxembourg, les véhicules routiers doivent répondre aux exigences des directives communautaires en matière de réception automobile concernant le freinage, le bruit, les émissions, les poids et dimensions, les ceintures de sécurité et leurs ancrages, l'éclairage, la puissance et la consommation du moteur ainsi que tout autre système, composant ou entité technique susceptible d'entraver la réalisation des objectifs de sécurité, de protection de l'environnement ou les échanges à l'intérieur de l'Union européenne. Ces directives sont reprises dans le droit national par des règlements grand-ducaux.» En vue d'intégrer la directive à transposer

33 Directive 2013/60/UE de la Commission du 27 novembre 2013 modifiant, aux fins de leur adaptation au progrès technique, la directive 97/24/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains éléments ou caractéristiques des véhicules à moteur à deux ou trois roues, et de la directive 2002/24/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la réception des véhicules à moteur à deux ou trois roues et la directive 2009/67/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'installation des dispositifs d'éclairage et de signalisation lumineuse sur les véhicules à moteur à deux ou trois roues.

dans le droit interne, l'acte réglementaire fait toutefois abstraction de la reprise du contenu de la directive, mais renvoie à cet effet à la publication dudit acte législatif au Journal officiel de l'Union européenne, contrairement à ce qui est prévu par l'article 2, paraphe 4 précité. Le Conseil d'Etat dans son avis du 29 avril 2014 a rappelé à cet égard que la loi du 6 juillet 2004 qui a modifié la loi du 14 février 1955 précitée aux fins d'y prévoir la possibilité d'une transposition de directives européennes par voie de règlement grand-ducal et qui s'est substituée en cette matière à la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports a, contrairement à la loi de 1971, omis de prévoir la possibilité d'assurer, dans le cadre de la transposition, la publication du contenu des directives du genre visé par référence à la publication de celles-ci au Journal officiel de l'Union européenne, en vue de faire l'économie de la reproduction du contenu de ces directives en droit national. Le Conseil d'Etat s'est ainsi prononcé en faveur d'une modification de l'article 2, paragraphe 4 précité aux fins d'y introduire la possibilité de la publication des directives concernées par voie de référence à leur publication au Journal officiel de l'Union européenne.

c) *Les règlements de l'Union européenne*

1. Le projet de loi relatif à la mise en application du règlement (CE) n° 1069/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux et produits dérivés non destinés à la consommation humaine (…) (doc. parl. *n° 6672*) prévoit à son article 15 d'accorder un délai d'un an à partir de l'entrée en vigueur de la loi en projet pour la mise en conformité des établissements, usines et installations existantes avec les dispositions y prévues. Dans son avis du 20 mai 2014 (doc. parl. *n° 6672*[1]), le Conseil d'Etat a fait valoir que le règlement (CE) n° 1069/2009 précité est d'application directe et que les obligations auxquelles les établissements, usines et installations visées doivent répondre sont, par conséquent, applicables depuis 2009. Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé à l'introduction de dispositions transitoires pour la mise en conformité avec les dispositions de la loi en projet.

2. Le projet de loi déterminant le régime des sanctions applicables en cas de violation des dispositions du règlement (UE) n° 181/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar; (…) (doc. parl. *n° 6695*) entend déterminer au niveau national les sanctions en cas de violation des dispositions du règlement européen précité et apporter certaines modifications au Code de la consommation et à la loi modifiée du 29 juin 2004 sur les transports publics. L'article 2 énonce en son alinéa 1er les articles du règlement européen dont le



non-respect des obligations qu'ils contiennent est sanctionné et prévoit que la première infraction à ces obligations par un transporteur ou un transporteur exécutant peut encourir un avertissement au lieu d'une amende administrative. Dans son avis du 24 juin 2014 (doc. parl. *n° 6695*[2]), le Conseil d'Etat a fait valoir à cet égard que le règlement européen visé contient des obligations non seulement à charge du «transporteur» et du «transporteur exécutant», mais encore du «vendeur de billets», de l'«agent de voyages», du «voyagiste» ou des «entités gestionnaires de station». Il s'est ainsi demandé si les manquements aux obligations du règlement européen, imputables aux intervenants autres que le transporteur et le transporteur exécutant, sont sanctionnés ou non. Il a rappelé que l'article 31 du règlement européen précité établit, de manière générale, un régime des sanctions applicables en cas de violation de ses dispositions, quel qu'en soit l'auteur. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence réservé la possibilité de refuser la dispense du second vote constitutionnel, à défaut pour les auteurs de donner des explications supplémentaires au sujet de l'exécution correcte dudit règlement européen.

3. Le projet de règlement grand-ducal relatif à des services réguliers en vertu du règlement (UE) n° 118/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant les droits des passagers dans le transport par autobus et autocar (…) vise dans son article 2 les services réguliers de transports des passagers par bus ou autocar dont la distance est inférieure à 250 kilomètres. Dans son avis du 24 juin 2014, le Conseil d'Etat a constaté que lesdites dispositions constituent une redite par rapport aux dispositions de l'article 2, paragraphe 2 du règlement (UE) n° 181/2011 précité. Il a rappelé à cet égard que la reproduction, même partielle, d'une disposition d'un règlement européen dans un acte normatif peut être considérée comme étant contraire à la règle de l'effet direct des règlements européens, alors qu'elle risque de dissimuler au justiciable la nature juridique de la norme en cause et son applicabilité directe dans l'ordonnancement juridique national. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de la suppression de ces dispositions en faisant valoir que leur maintien risque d'être sanctionné au titre de l'article 95 de la Constitution.

G) PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

1) Principe du *non bis in idem*

Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) propose en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est ainsi proposée. En cas de risque d'atteinte aux principes de neutralité ou de l'intégrité de l'administration, le paragraphe 2, alinéa 1er de ce nouvel article 15bis propose que ce comité puisse «émettre une réserve concernant l'établissement de relations professionnelles entre l'entreprise en question et l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire». Au cas où cette réserve ne serait pas respectée, il est proposé que le ministre du ressort peut prononcer une amende d'ordre de 250 à 250.000 euros à l'encontre de l'ancien fonctionnaire et de l'entreprise concernés ou à l'un d'eux. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457³*), a donné à considérer que, compte tenu de son montant, l'amende pécuniaire est à considérer comme une sanction pénale au sens des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il a ensuite observé que le texte proposé risque de poser problème à l'égard du principe du *«non bis in idem»* en ce qui concerne les différentes dispositions de la loi pénale réprimant la corruption et le trafic d'influence. Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé à cette disposition, au regard de l'article 4 du protocole 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois.

2) Principe de non-rétroactivité des actes administratifs

Le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 17 juillet 2000 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses entend transposer en droit national la directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil européen du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (…) par l'ajout des fiouls lourds à la liste des substances désignées figurant à l'annexe I du règlement grand-ducal précité du 17 juillet 2000. La directive 2012/18/UE précitée exige que les Etats membres de l'Union européenne procèdent à la modification de la liste des substances désignées au plus tard pour le 14 février 2014 et fassent appliquer les nouvelles mesures qui en découlent à partir du 15 février 2014. Le délai de transposition étant dépassé, les auteurs du règlement grand-ducal en projet ont proposé une entrée en vigueur rétroactive de la modifica-

tion visée au 15 février 2014. Dans son avis du 24 juin 2014, le Conseil d'Etat a considéré que cette manière de faire, qui est contraire au principe de non-rétroactivité des actes administratifs, risque d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution. Il a précisé que, contrairement aux lois, les règlements et arrêtés ne peuvent disposer que pour l'avenir, et ce en vertu du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs. En vertu du principe qu'aucune autorité réglementaire ou administrative ne peut fixer l'entrée en vigueur d'un acte à caractère réglementaire ou individuel à une date antérieure à celle respectivement de sa publication ou de sa notification, le Conseil d'Etat a invité les auteurs du texte en projet à omettre cette disposition.

3) Principe de sécurité juridique

a) *Terminologie ambiguë ou incertaine*

Emploi du terme «notamment» dans une énumération appelée à être exhaustive

Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) envisage en son article 1er, point 2) de modifier l'article 1er, paragraphe 2, alinéa 1er de la loi précitée du 16 avril 1979 qui détermine le champ d'application du statut général des fonctionnaires aux magistrats, aux attachés de justice et au personnel de justice ayant la qualité de fonctionnaire. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457^{3}*), s'est formellement opposé à l'emploi du terme «notamment» précédant l'énumération des matières pour lesquelles ledit texte est applicable aux fonctionnaires précités. Il a fait valoir que l'emploi de ce mot dans ce contexte est contraire au principe de la sécurité juridique en ce qu'il confère à l'énumération un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.[34]

Le recours à la technique de l'application analogique des règles de droit

Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) envisage en son article 1er, point 4) d'étendre «le cas échéant» certaines dispositions du statut général aux fonctionnaires stagiaires, en précisant que cette extension se fait «par application analo-

34 En ce même sens: Les oppositions formelles que le Conseil d'Etat a émises à l'endroit des articles 1er, point 3), 16, 68 et 82 de ce même projet de loi. L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans son avis du 21 janvier 2014 à l'endroit de l'article 57 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465^{9}*).

gique». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), a fait valoir que même si le recours à la technique de l'application analogique des règles de droit se trouve encore dans d'autres dispositions du statut général qui ne sont pas visées par la réforme, il ne saurait toutefois en l'espèce accepter la marge d'imprécision inhérente à une démarche par analogie ayant pour effet d'enlever aux modalités applicables toute garantie de sécurité juridique. Le Conseil d'Etat s'est par conséquent formellement opposé à la disposition proposée en suggérant par ailleurs que la réforme du statut général des fonctionnaires soit mise à profit pour en éliminer, d'une manière générale, le recours à la technique de l'application analogique des règles de droit.[35]

Emploi de l'expression «en principe» dans une norme de droit

Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6460*[3]) concernant le projet de loi modifiant la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois (…) s'est formellement opposé, pour des raisons de sécurité juridique, à l'emploi des termes «en principe» à l'article 67 de la loi précitée du 3 août 1998 tel qu'il est proposé d'être modifié par l'article 16 du projet de loi.

Arbitraire résultant des normes laissant à l'administration toute latitude pour décider de l'application ou non de dispositions légales ou la prise en compte ou non de circonstances particulières

1. Le Conseil d'Etat a fait valoir dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6461*[3]) à l'endroit de l'article 17 du projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*[1]) que l'emploi des termes «(…) tient compte, le cas échéant, des dispositions des articles 11. II et 11. III., suivant le cas» est source d'insécurité juri-

---

35 En ce même sens: L'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise à l'endroit de l'article 1er, point 6) de ce même projet de loi et les oppositions formelles que le Conseil d'Etat a émises dans son avis du 21 janvier 2014 aux endroits des articles 15, 19, 21 et 22 du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 3août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois (…) (doc. parl. *n° 6460*[3]) ; les oppositions formelles que le Conseil d'Etat a émises dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc parl. *n° 6461*[3]) à l'endroit des articles 11, 12, 35, 48, 57, et 89. Les oppositions formelles que le Conseil d'État a émises dans son avis du 21 janvier 2014 à l'endroit des articles 20, 59, 69, et 72 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[3]).



dique. Il a exigé sous peine d'opposition formelle que la disposition en question soit reformulée en délimitant de façon précise le cadre de son application[36].

2. Le projet de loi fixant les conditions et modalités de l'accès du fonctionnaire à un groupe de traitement supérieur au sien et de l'employé de l'Etat à un groupe d'indemnité supérieur au sien (doc. parl. *n° 6462*[1]) envisage en son article 8, point 4, l'institution auprès du ministre d'une commission de contrôle dont la mission consiste à: (…) «4. apprécier le candidat quant à la qualité de son travail, quant à son assiduité, quant à sa valeur personnelle et quant à sa capacité d'assumer des responsabilités supérieures. La commission de contrôle peut, le cas échéant, tenir compte des entretiens individuels prévus dans le cadre de la gestion par objectifs respectivement de l'appréciation des compétences professionnelles et personnelles du candidat». Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6462*[2]), le Conseil d'Etat a souligné d'emblée que la notion de valeur personnelle n'a aucun contenu juridique et ne permet pas d'élaborer des critères d'appréciation. Concernant le bout de phrase aux termes duquel «la commission de contrôle peut, le cas échéant, tenir compte des entretiens individuels…», qu'il ne saurait en aucun cas accepter que la commission de contrôle ait le choix de tenir compte, ou pas, des entretiens en ce qu'il serait absolument inadmissible que pour les uns l'entretien soit pris en compte et pour d'autres non, cette solution ouvrant en effet largement la porte à l'arbitraire. Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de l'article 8, point 4, dont il a demandé qu'il soit fait abstraction.

Les définitions autoréférentielles

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*[3]), s'est formellement opposé à la modification envisagée à l'article 40 du statut général des fonctionnaires impliquant que «la démission … résulte de la démission …» en raison de l'incohérence, contraire au principe de la sécurité juridique, qui en découle.

Disposition abrogeant et modifiant de manière générale «toutes les dispositions contraires contenues dans d'autres lois»

Dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. *n° 6459*[3]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de

---

36 En même sens, l'opposition formelle que le Conseil d'Etat a formulée dans ce même avis à l'endroit de l'article 65.

l'article 53 prévoyant l'abrogation de dispositions légales non autrement déterminées en exigeant que les dispositions appelées à être abrogées soient indiquées avec précision.

Formulation vague des cas d'exception à un principe

L'article 3, alinéa 2 du projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute dispose qu'«à l'exception du psychothérapeute dument autorisé à exercer sa profession et sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 29 avril 1983 (concernant l'exercice de la profession de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire) nul ne peut exercer, même accessoirement ou occasionnellement, la psychothérapie, ni utiliser le titre de psychothérapeute, ni (…)». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6578*[3]), s'est formellement opposé au maintien de l'alinéa 2 de l'article 3, et plus particulièrement, pour des considérations de sécurité juridique, au maintien des termes «sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 29 avril 1983 précitée». Il s'est rapporté au commentaire afférant à cet article précisant que «(…) cette disposition ne s'oppose pas à ce que la psychothérapie soit pratiquée par un médecin-spécialiste en psychiatrie ou en psychiatrie infantile dûment autorisé à cette fin sur base de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire» pour faire valoir que si jamais ces éventuelles exceptions étaient visées par les termes précités «sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 29 avril 1983 précitée», il faudrait clairement énoncer les articles concernés afin de dresser l'inventaire détaillé des exceptions visées. Le Conseil d'Etat se verrait dès lors dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel pour insécurité juridique, à moins pour le texte d'être précisé dans le sens par lui préconisé.

b) *Incohérences internes*

1. Au point 1 de l'article 22 du projet de loi portant création de la profession de psychothérapeute et modifiant 1) le Code de la sécurité sociale; 2) la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; 3) la loi du 19 juin 2009 ayant pour objet la transposition de la directive 2005/36/CE pour ce qui est a) du régime général de reconnaissance des titres de formation et des qualifications professionnelles, b) de la prestation temporaire de service (doc. parl. *n° 6578*), il est prévu de compléter l'alinéa 1er de l'article 17 du Code de la sécurité sociale, définissant les prestations de soins de santé prises en charge par l'assurance maladie, par un nouveau point 14), libellé comme suit: «les psychothérapies visant le traitement d'une maladie mentale».

   Dans son avis du 25 mars 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6578*[3]), le Conseil d'Etat a noté que, selon la définition du terme «psycho-

thérapie», proposée à l'article 1er du projet de loi, «la psychothérapie se définit comme un traitement psychologique pour un trouble mental ou somatique». Le Conseil d'Etat s'est demandé si la différence des termes employés aux articles 1er et 22 du projet de loi est volontaire, et plus précisément si elle peut être expliquée par la volonté des auteurs de limiter la prise en charge par l'assurance maladie des actes du psychothérapeute. Dans l'affirmative, il a souligné que la différence entre «maladie mentale» et «trouble mental ou somatique» doit être clairement définie afin d'éviter tout problème en matière de prise en charge des différents actes posés par le psychothérapeute et ainsi éviter une avalanche de contentieux. Dans la négative, le Conseil d'Etat a exigé l'utilisation des mêmes termes aux deux endroits visés ainsi qu'à tous les endroits en découlant. Dans l'attente de précisions, le Conseil d'Etat a réservé sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en raison de la terminologie ambiguë utilisée, qui est source d'insécurité juridique.

2. Le projet de loi concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl. *n° 6670*) définit au point 6 de l'article 2 la notion de travailleur. Dans son avis du 3 juin 2014 relatif au projet de loi précité (doc. parl. *n° 6670*[4]), le Conseil d'Etat a constaté que cette notion est utilisée dans un sens différent dans d'autres dispositions du texte, et notamment à l'endroit de l'article 4, paragraphe 2 du projet de loi. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé que la définition de l'article 2, paragraphe 6 soit écartée sous peine d'opposition formelle en ce qu'il doit être accordé à une notion un sens identique tout au long du texte en faisant usage.

   Les amendements parlementaires du 20 juin 2014 ont tenu compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

3. Dans son avis du 12 novembre 2013 sur le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n° 6490*[1]), le Conseil d'Etat a relevé une incohérence certaine entre les articles 17, 18 et 19 de la loi en projet qui règlent les pouvoirs d'inspection et d'enquête pénale. En effet, si en vertu des articles 17 et 18, les inspections de l'autorité nationale peuvent avoir lieu dans les locaux professionnels et dans tous autres locaux, tels que par exemple le domicile des chefs d'entreprises et des dirigeants, les perquisitions qui sont réglées à l'article 19, paragraphe 2 ne peuvent viser que les bureaux professionnels, à l'exclusion des autres locaux. Concernant l'article 19 qui organise l'enquête pénale en cas de présomption d'infraction, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur le sens du maintien de l'autorité nationale dans le cadre de la procédure pénale et sur la reprise des règles procédurales pénales dans le projet de loi. Il a précisé que cette procédure est organisée par le Code d'instruction criminelle (CIC) avec l'intervention du Parquet et des juridictions d'instruction et de

jugement y désignées. Le Conseil d'Etat a conclu que les trois articles en question ne constituent un cadre ni complet ni cohérent pour permettre à l'autorité nationale d'exercer ses pouvoirs d'inspection. Soucieux de garantir la sécurité juridique et le respect intégral de la convention, le Conseil d'Etat s'y est opposé formellement.

c) *Incohérences par rapport à d'autres textes ou principes de droit*

1. Le premier des amendements gouvernementaux concernant le projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif; 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives qui ont été transmis au Conseil d'Etat le 26 septembre 2013 (doc. parl. *n° 6563*[3]) tend à ajouter un article 17 à la loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice. La loi précitée du 7 juin 2012 établit l'obligation d'un stage pour les attachés de justice, qu'ils soient engagés auprès des juridictions de l'ordre judiciaire ou auprès des juridictions de l'ordre administratif. L'article 17 nouveau permet en conséquence la nomination des magistrats engagés aux conditions de la loi précitée du 7 juin 2012 indifféremment dans l'un ou l'autre des deux ordres de juridiction. A cet effet, l'article 17, paragraphe 2 nouveau prévoit l'établissement par le Grand-Duc de la liste de rang commun des magistrats engagés selon les nouvelles conditions sur avis des membres de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative réunis en assemblée générale conjointe. Le Conseil d'Etat dans son avis du 4 février 2014 (doc. parl. *n° 6563*[4]) a souligné que le mode d'établissement de la liste de rang commun proposé par les auteurs des amendements n'est pas conforme aux modes d'établissement des listes de rang actuellement appliqués pour les magistrats de l'ordre judiciaire et les magistrats de l'ordre administratif où l'intervention du Grand-Duc est exclue. Il a dès lors demandé aux auteurs de s'en tenir à ces modes d'établissement des listes de rang et d'écarter l'intervention du Grand-Duc.

2. Le projet de règlement grand-ducal fixant les modalités d'application de la loi relative à l'identification des personnes physiques a pour objet de mettre en œuvre la loi du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques (doc. parl. *n° 6330*). Il entend notamment fixer la structure du numéro d'identification, régler l'agencement du registre national ainsi que les modalités d'accès et de transmission des données. Suite à l'adoption de la loi précitée du 19 juin 2013, des amendements gouvernementaux au projet de règlement grand-ducal ont été communiqués au Conseil d'Etat le 20 juillet 2013. L'article 10 du projet de règlement grand-ducal prévoit que quatre règlements grand-ducaux cesseront de s'appliquer aux personnes physiques. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 novembre 2013 concernant le projet de règlement grand-ducal et les

amendements gouvernementaux précités, a rappelé qu'au regard du principe de sécurité juridique, la manière de procéder choisie par les auteurs du projet est à proscrire absolument, d'autant plus que l'intitulé de trois des quatre règlements grand-ducaux concernés fait encore explicitement référence aux personnes physiques. Le Conseil d'Etat a dès lors demandé que les règlements grand-ducaux en question soient modifiés, pour y inscrire clairement et indubitablement la limitation de leur champ d'application aux seules personnes morales.

3. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) envisage en son article 17 l'insertion d'un nouvel article 15*bis* dans «le statut des fonctionnaires» dont l'objet est l'organisation d'une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises privées. L'intervention d'un comité aux fins d'émettre un avis sur la compatibilité d'une nouvelle activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions est notamment prévue. Il est proposé de confier ce rôle au «comité de prévention de la corruption» qui a été créé, avec une toute autre finalité, par la loi du 1er août 2007 portant 1. approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies à New York le 31 octobre 2003 (…) (doc. parl. *n° 5697*[1]). Dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]), le Conseil d'Etat a relevé que les missions qui appartiennent déjà au comité de prévention de la corruption, en vertu de l'article 2 de la loi précitée du 1er août 2007, comprennent notamment la formation d'une table ronde multidisciplinaire d'échanges sur le phénomène de la corruption, la contribution à l'élaboration, à la coordination et à l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption, au suivi des conventions internationales conclues par le Luxembourg en matière de lutte contre la corruption et la diffusion adéquate des connaissances concernant la prévention de la corruption, avant de conclure ensuite à l'incompatibilité de ces missions avec celle que le projet de loi entend en sus confier audit comité. Le Conseil d'Etat s'est en effet demandé comment le comité saurait, en toute indépendance, contribuer à l'élaboration et à la coordination, et, surtout, assurer «l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption», s'il participe lui-même à la mise en œuvre journalière de ces mêmes politiques? Le comité intervenant à la fois dans l'élaboration et dans la coordination, dans la mise en œuvre concrète ainsi que dans l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption, le Conseil d'Etat a estimé que l'extension de ces missions par celle prévue par le projet de loi aurait pour effet que l'impartialité du comité ne serait plus garantie. En raison de l'incohérence entre la disposition sous examen avec celles de la loi précitée du 1er août 2007 fixant les missions du comité de prévention de la corruption, le Conseil d'Etat s'est pour des raisons de sécurité juridique formellement opposé à la disposition sous examen.

4. Dans son avis du 24 septembre 2013 sur le projet de loi 1) portant approbation du protocole modifiant l'accord du 9 février 1994 relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes pour des véhicules utilitaires lourds (…); 2) modifiant la loi modifiée du 24 février 1995 portant appro¬bation et application de l'Accord relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes pour des véhicules utilitaires lourds, fait à Bruxelles, le 9 février 1994; (…) (doc. parl. *n° 6579*[1]), le Conseil d'Etat a observé, concernant l'article 2 du projet de loi précité, dont le point 6 vise à remplacer l'amende de 25 à 500 euros prévue à l'article 7, alinéa 1er de la loi modifiée du 14 février 1995 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques par une amende de 250 à 5000 euros, qu'aux termes de l'article 26 du Code pénal l'amende en matière de police est de 25 euros au moins et de 250 euros au plus, et qu'en vertu de l'article 16 du même code le montant minimal de l'amende correctionnelle est de 251 euros. Il a dès lors exigé qu'il soit tenu compte de la gradation des sanctions pénales établie par le Code pénal en fixant l'amende correctionnelle nouvellement à prévoir dans la loi modifiée du 24 février 1995 portant approbation et application de l'Accord relatif à la perception d'un droit d'usage pour l'utilisation de certaines routes pour des véhicules utilitaires lourds, fait à Bruxelles, le 9 février 1994, à au moins 251 (et non 250) euros. Le Conseil d'Etat a par ailleurs demandé qu'il soit fait abstraction de l'intégralité de l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi précitée du 24 février 1995 qui qualifie l'amende prévue d'amende de police et prévoit en outre l'application du maximum de cette amende en cas de récidive.

d) *Texte lacunaire*

1. Le projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives vise en son article 2, point 14) à compléter l'article 35 de la loi précitée du 21 juin 1999, qui permet d'ores et déjà au tribunal administratif d'ordonner l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel, par un nouvel alinéa 3 lui donnant encore compétence pour ordonner «toutes les mesures nécessaires» afin de sauvegarder pendant le délai et l'instance d'appel «les intérêts des parties ou personnes qui ont un intérêt à la solution de l'affaire». Afin de ne pas créer des complications procédurales inextricables, il est prévu que pareille décision ne serait pas appelable. Le Conseil d'Etat dans son avis du 6 mai 2014 (doc. parl. *n° 6563B*[2]) a relevé le libellé flou de cet alinéa. Il a ainsi fait valoir que la formulation extrêmement vague – et vaste – des pouvoirs dévolus au tribunal, tant par rapport aux compétences («toutes les mesures nécessaires») que par rapport aux personnes visées («les parties et les personnes qui ont un intérêt») risque de générer plus de problèmes



qu'elle n'en résout. Il s'est ainsi demandé si la décision du tribunal doit intervenir dans le jugement sur le fond ou si elle peut être sollicitée, le cas échéant, même pendant le délai d'appel, voire l'instance d'appel. Il a par ailleurs eu du mal à concevoir une décision, même provisoire, visant à sauvegarder les intérêts de tiers qui ne sont pas parties au litige. Il s'est également interrogé sur le biais par lequel le tribunal serait saisi de l'appréciation de tels intérêts. Le Conseil d'Etat a enfin fait valoir que, les intérêts des parties étant généralement opposés, les mesures ordonnées constitueront nécessairement une atteinte aux intérêts d'une autre partie. Il s'est dès lors formellement opposé à la disposition proposée pour insécurité juridique et non-respect du principe du contradictoire.

2. Le projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (…) (doc. parl. *n° 6457*) envisage en son article 39 l'insertion d'un article 32bis dans le statut des fonctionnaires qui a pour objet de «charger le médiateur des différends liés aux relations entre fonctionnaires au lieu de travail ou à la situation de travail du fonctionnaire, à l'exception des décisions prises en matière disciplinaire et des différends relatifs au calcul et au paiement des traitements et de leurs accessoires». Le Conseil d'Etat dans son avis du 21 janvier 2014 (doc. parl. *n° 6457*[3]) s'est formellement opposé à l'article 32*bis*, paragraphe 4 aux termes duquel «la saisine du médiateur suspend le cours de la prescription durant la médiation». Il a donné à considérer qu'en l'absence de plus amples précisions, il faut supposer que la disposition vise la prescription de l'action disciplinaire prévue à l'article 74 du statut général. Il s'est toutefois interrogé si l'article 32*bis*, paragraphe 4 est appelé à trouver application en matière de prescription d'autres actions en justice, notamment celles devant les juridictions administratives ou civiles. Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de l'article 32*bis*, paragraphe 4, qu'il est proposée d'insérer dans le statut général des fonctionnaires en ce que l'intelligibilité défaillante qui empreigne cette disposition est contraire aux exigences de sécurité juridique.

3. Dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des Communes ainsi que pour les agents des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. *n° 6461*[3]), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé pour des raisons d'insécurité juridique à l'article 63. Cet article est en effet lacunaire dans le sens qu'il n'y est pas clairement précisé à quels fonctionnaires il est appelé à s'appliquer.

4. Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé dans son avis du 21 janvier 2014 concernant le projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. *n° 6465*[3]) à la disposition de l'article 21 qui

prévoit la possibilité d'une dérogation à l'application de son paragraphe 4 par «une disposition contraire». Le Conseil d'Etat a en effet considéré que pareille disposition ne répond pas aux exigences de sécurité juridique et a insisté sur l'énumération précise des articles et des paragraphes prévoyant des dispositions contraires écartant l'application de l'article 21, paragraphe 4 précité.

e) *Les clauses de temporisation ou* **sunset clauses**

Dans son avis du 8 octobre 2013 relatif au projet de loi portant modification de l'article L. 122-10 du Code du travail et prolongation de certaines adaptations temporaires du Code du travail (doc. parl. *n° 6594^{2A}*), le Conseil d'Etat a réitéré ses réticences face aux clauses de temporisation, dites «sunset clause».

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat s'est référé à son avis du 3 juillet 2012[37] (doc. parl. *n° 6442^{2}*), où il avait formulé sa position comme suit: «Dans la mesure où une amélioration à court terme de la situation de l'emploi n'est malheureusement pas en vue, le Conseil d'Etat invite les auteurs à reconsidérer leur approche à l'avenir et à modifier les dispositions du Code du travail, quitte à revenir aux dispositions antérieurement en vigueur par la mise en place des conditions plus restrictives en cas de reprise de l'économie permettant l'embauche des chômeurs âgés, bénéficiaires des mesures actuellement dérogatoires au Code du travail».

L'amendement parlementaire du 14 octobre 2013 ne tient pas compte de l'observation formulée par le Conseil d'Etat.

4) Principe de la séparation des pouvoirs

Dans son avis du 4 février 2014 concernant le projet de règlement grand-ducal relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Comité de suivi de la lutte contre la traite des êtres humains, le Conseil d'Etat a souligné que les compétences d'un comité interministériel ne sauraient jamais, au regard du principe de la séparation des pouvoirs, comprendre l'examen de dossiers relevant des autorités judiciaires. Il a repris cette observation dans le cadre de son avis du même jour concernant les amendements parlementaires au projet de loi renforçant le droit des victimes de

---

37 Projet de loi portant modification: 1. du Code du travail; 2. des articles 1 et 2 du 3 août 2010 1) portant introduction de diverses mesures temporaires visant à promouvoir l'emploi et à adapter les modalités d'indemnisation de chômage et complétant ou dérogeant à certaines dispositions du Code du travail; 2) modifiant les articles L. 513-3, L. 521-7 et L. 523-1 du Code du travail; 3) modifiant la loi modifiée du 17 février 2009 portant: 1. modification de l'article L. 511-12 du Code du travail; 2. dérogation, pour l'année 2009, aux dispositions des articles L. 511-5, L. 511-7 et L. 511-12 du Code du travail; 3. des articles 2 et 3 de la loi modifiée du 17 février 2009 portant 1. modification de l'article L. 511-12 du Code du travail; 2. dérogation pour l'année 2009, aux dispositions des articles L. 511-5, L. 511-7 et L. 511-12 du Code du travail.



la traite des êtres humains (..) (doc. parl. *n° 6562*[4]) envisageant de permettre à la commission nationale de la protection des droits de l'homme de s'enquérir auprès du comité susmentionné des détails des dossiers clôturés.

H) LEGISTIQUE FORMELLE

Amendements sans lien direct avec le projet déposé

L'article 36 du projet de loi ayant pour objet – d'autoriser le Gouvernement à effectuer, au cours des mois de janvier à avril 2014, les dépenses figurant aux tableaux annexés à la présente loi sous examen (…) (doc. parl. *n° 6630*), introduit par les amendements gouvernementaux du 6 décembre 2013 (doc. parl. *n° 6630*[1]), entend mettre en œuvre le règlement (UE) n° 528/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides et notamment son article 80, paragraphe 3. Ce règlement est applicable depuis le 1er septembre 2013. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 10 décembre 2013 (doc. parl. *n° 6630*[2]), a d'un point de vue légistique marqué ses réticences à voir inséré dans une loi à caractère budgétaire un «cavalier législatif» qui aurait dû faire l'objet d'une loi à part. Il a d'emblée marqué son accord à voir cet article scindé du reste de la loi en projet. Quant au fond, il s'est interrogé sur la compatibilité de la disposition proposée avec le règlement européen à mettre en œuvre en réservant sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel à cet égard.

PARTIE III

Etudes diverses

COLLOQUE DES CONSEILS D'ETAT DU BENELUX DU 10 OCTOBRE 2013 A LUXEMBOURG

La transposition et la mise en œuvre des actes normatifs de l'Union européenne en droit national

(Rapport du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, présenté par Monsieur Paul SCHMIT, Conseiller d'Etat)

La première partie du rapport du Conseil d'Etat luxembourgeois rappelle de façon sommaire la toile de fond des dispositions du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui déterminent la nature et les effets juridiques des actes législatifs européens ainsi que des actes délégués et des actes d'exécution afférents et qui règlent par ailleurs la façon d'adopter ces actes.

Les deuxième et troisième parties comportent les réponses luxembourgeoises aux deux groupes de questions posées par la présidence du colloque.

*

1. La toile de fond du droit européen applicable

La section 1. *«Les actes juridiques de l'Union»* du Titre I. *«Dispositions institutionnelles»*, chapitre 2. *«Actes juridiques de l'Union, procédures d'adoption et autres dispositions»* de la Sixième Partie *«Dispositions institutionnelles et financières»* du TFUE (version consolidée résultant du Traité de Lisbonne du 13 septembre 2007), porte sur les articles 288 à 292.

1.1. L'article 288 énumère et définit les actes juridiques de l'Union européenne qui sont les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis.

Les règlements et les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments. Le règlement a une portée générale et est directement applicable dans tous les Etats membres. La décision lie les destinataires visés.

Les directives lient les Etats membres destinataires quant au résultat en laissant à ceux-ci la liberté de déterminer les formes et moyens pour atteindre ce résultat.

Les recommandations et avis n'ont pas d'effet obligatoire.



L'article 289 considère comme actes législatifs les actes juridiques adoptés par la procédure législative, c'est-à-dire la procédure définie à l'article 294 TFUE. La procédure législative règle l'adoption des actes législatifs qui interviennent sur proposition de la Commission et sous forme de décisions concordantes du Parlement européen et du Conseil. Aux termes de l'article 289, les règlements, les directives et les décisions constituent les actes législatifs de l'Union européenne.

1.2. Les articles 290 et 291 prévoient deux autres types d'actes juridiques dont la finalité consiste à modifier ou à compléter, voire à mettre en œuvre les actes législatifs dont question à l'article 289.

La compétence pour prendre ces actes est confiée à la Commission européenne.

La nature juridique de cette compétence diffère selon que l'article 290 ou l'article 291 s'applique.

1.2.1. L'article 290 accorde la possibilité au législateur européen de déléguer à la Commission la compétence de compléter et de modifier l'acte législatif sur «certains éléments non essentiels» en délimitant les objectifs, le contenu, la portée et la durée de cette délégation de compétence. Les actes en question sont appelés «actes délégués», précision qui doit figurer dans leur intitulé.

Les éléments essentiels demeurent réservés au seul acte législatif.

Le Parlement européen et le Conseil contrôlent l'exercice par la Commission de la mise en œuvre de la compétence législative, qui lui est déléguée en fixant dans l'acte législatif les conditions de l'exercice de cette compétence. Ces conditions peuvent consister dans la possibilité du Parlement européen et du Conseil de révoquer la délégation ou dans l'obligation pour la Commission d'obtenir le consentement préalable de ceux-ci en vue de l'entrée en vigueur de l'acte délégué.

La compétence pour prendre des actes délégués s'exerce dans les limites de l'article 290. Il s'agit à la fois d'une limite générale, la portée étant limitée aux éléments non essentiels de l'acte législatif, et d'une limite particulière, fixée de cas en cas par l'acte législatif de base.

Même si l'article 290, paragraphe 1er, alinéa 1er TFUE précise explicitement que les actes délégués sont des «actes non législatifs», la portée de ces actes destinés à modifier ou à compléter certains éléments (non essentiels) de l'acte législatif de base ne fait-elle pas apparaître les actes délégués comme relevant de l'action législative de l'Union européenne? En effet, ils ne se limitent pas à exécuter l'acte de base en en précisant ou en en détaillant les règles, mais ils changent son contenu et sa portée dans les limites que l'acte législatif de base a fixées à cet effet. Ne faut-il pas dans ces conditions et nonobstant l'alinéa 1er

du paragraphe 1er de l'article 290 TFUE considérer la compétence afférente de la Commission comme intervention dans le pouvoir législatif de l'Union européenne?

1.2.2. La Commission détient aux termes de l'article 291 la compétence d'exécuter les actes juridiquement contraignants de l'Union (= les actes législatifs dont question aux articles 288 et 289?). Elle peut exercer cette compétence à la double condition que son exercice est nécessaire pour assurer à ces «actes juridiquement contraignants» des conditions d'exécution uniformes, et que ces actes prévoient expressément de conférer à la Commission la compétence d'assurer l'exécution uniforme d'un acte «juridiquement contraignant» de l'Union européenne.

L'exercice de cette compétence n'est pas contrôlé par le législateur européen, mais par les Etats membres. L'article 291 retient que les règles et principes généraux quant à la façon de contrôler la compétence d'exécution de la Commission sont déterminés par un règlement du Parlement européen et du Conseil. Cette exigence du TFUE a été coulée dans le règlement (UE) N° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle des Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (JOUE L55/13 du 28 février 2011).

La compétence pour prendre des mesures d'exécution uniformes d'actes législatifs s'avère une compétence exécutive, l'article 291 qualifiant explicitement de compétence d'exécution les attributions conférées à la Commission.

2. Quels sont, au Luxembourg, les instruments auxquels il est recouru pour transposer les directives de l'Union européenne ou pour prendre les dispositions complémentaires nationales exigées par les règlements de l'Union?

Le Luxembourg connaît-il une procédure particulière pour adapter le droit national à la modification d'un acte législatif de l'Union européenne par un acte délégué de l'Union?

Les règles de transposition d'une directive européenne en droit interne et celles nécessaires pour prendre exceptionnellement les mesures nécessaires pour exécuter un acte normatif européen auquel les traités de l'Union reconnaissent une applicabilité directe (règlement européen et décision européenne) relèvent de l'ordre juridique interne.

Dans l'analyse qui suit, il sera examiné successivement comment les directives sont transposées en droit national interne luxembourgeois et quels sont les compétences et actes normatifs pour mettre en œuvre les autres actes législatifs européens.

 

2.1. Eu égard aux exigences de la Constitution luxembourgeoise, l'acte de transposition ou d'exécution sera selon le cas une loi, un règlement grand-ducal ou, plus rarement, un règlement ministériel ou encore un règlement pris par un établissement public ou par un organe professionnel doté de la personnalité civile (pour autant que conformément aux articles 108*bis* ou 11(6) de la Constitution la loi aura reconnu à ces établissements publics ou à ces organes professionnels un pouvoir réglementaire).

En vertu du principe de la plénitude d'attribution du pouvoir législatif, c'est à la loi qu'il revient de déterminer si la transposition de la directive prend la forme d'une loi ou d'un acte réglementaire. C'est encore le législateur qui détermine sous quelle forme – législative ou réglementaire – se fera l'exécution de l'acte normatif européen directement applicable.

Le pouvoir *a priori* souverain du législateur est toutefois limité par la Constitution qui a érigé différents domaines normatifs en matières réservées à la loi formelle, dans le sens que c'est la loi et la loi seule qui peut poser les normes applicables. Le pouvoir réglementaire n'a par contre pas ce caractère souverain, et il ne peut dès lors pas intervenir *motu proprio*, mais il est tributaire d'une base légale préexistante.

Dans ces conditions, plusieurs cas de figure peuvent être distingués en relation avec la transposition de directives européennes.

1° Dans la mesure où l'objet de la directive concerne une matière que la Constitution luxembourgeoise a réservée à la loi formelle, la transposition intervient par la loi.

Il convient de préciser que, même dans les matières réservées, la Constitution prévoit une ouverture pour l'intervention du pouvoir réglementaire (dit pouvoir réglementaire d'attribution) en ce que le pouvoir exécutif peut prendre des règlements grand-ducaux, du moment que la finalité, les conditions et les modalités pour ce faire sont spécifiées dans la loi (Constitution, art. 32(3)).

2° Si la directive à transposer intervient dans une matière «non réservée», la transposition peut être assurée par le pouvoir réglementaire (dit pouvoir réglementaire d'exécution), à condition qu'il existe dans l'ordre juridique interne une base légale pour ce faire (Constitution, art. 36).

Même si la Constitution permet également au pouvoir exécutif de prendre, en dehors des «matières réservées», les règlements nécessaires pour l'exécution des traités («dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures»), l'interprétation donnée à cette disposition (Constitution, art. 37, alinéa 4) ne permet pas de considérer que la directive constitue à elle seule une

base légale suffisante pour prendre le règlement grand-ducal appelé à en assurer la transposition.

3° A une époque où le tissu légal national dans les domaines d'intervention des directives européennes était moins étoffé qu'aujourd'hui, le pouvoir réglementaire était souvent privé de la possibilité d'assurer, même dans les matières «non réservées», la transposition des directives, faute de base légale appropriée.

Aussi le législateur de l'époque avait-il adopté une loi d'habilitation (sur base de l'article 32, alinéa 3 de la Constitution, devenu, suite à la révision du 19 novembre 2004, le paragraphe 2 de cet article 32), intitulée «loi (modifiée) du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports».

Pour autant qu'une base légale spécifique fait défaut pour assurer dans l'un des domaines visés la transposition d'une directive, la loi précitée du 9 août 1971 confère au pouvoir réglementaire la compétence pour y pourvoir, à l'exclusion toutefois des matières qui relèvent selon la Constitution de la loi formelle («matières réservées»).

Plusieurs remarques s'avèrent indiquées à ce sujet:

– certains domaines entre-temps «communautarisés», comme celui de l'environnement, ne sont pas visés;
– l'adoption de l'acte réglementaire de transposition requiert l'avis obligatoire du Conseil d'Etat et l'assentiment de la Conférence des présidents (commission parlementaire composée du président de la Chambre et des présidents des groupes politiques y représentés) en vue de leur adoption;
– étant donné qu'entre-temps des bases légales spécifiques ont été créées dans la plupart des domaines visés par la loi de 1971, son application pratique s'est fortement réduite et sert notamment encore pour transposer les directives dans le domaine des équipements marins ainsi que pour sanctionner le non-respect des dispositions de règlements grand-ducaux qui sont pris en exécution directe de règlements européens.

4° Au cas où la loi organique d'un établissement public[38] a conféré à cet établissement une compétence réglementaire couvrant le domaine d'intervention d'une directive européenne, la transposition de celle-ci est concevable sous forme d'un acte réglementaire pris par un tel établissement public.

2.2. Certains actes législatifs européens, qui, de par leur nature, sont d'application directe, demandent néanmoins des mesures d'exécution spécifiques. Il en a été ainsi par exemple pour la mise en œuvre du règlement (CE) N° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), dont les questions relatives à la constitution, à la composition, à la structure et au fonctionnement sont pour partie déléguées aux législations nationales. Il en était encore ainsi du règlement (CE) N° 1907/2006 du 18 décembre 2006 (règlement «REACH»), qui oblige les Etats membres de l'Union européenne à mettre en place un système de contrôle et à prévoir des sanctions applicables en cas de violation de ses dispositions, ou du cadre légal européen mis en place grâce au Fonds d'orientation économique et social pour l'agriculture (politique agricole commune), ou encore du règlement (UE) N° 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne européenne.

Tout comme en matière de transposition des directives, la compétence et la forme des actes de mise en œuvre sont déterminées par l'ordre juridique interne. Selon les différences évoquées ci-avant, la compétence en question reviendra au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif.

2.3. Un dernier aspect à examiner à l'endroit de la première question tient à la question de savoir si respectivement la transposition ou la mise en œuvre d'actes délégués (TFUE, article 290) ou d'actes d'exécution (TFUE, article 291) font intervenir des procédures ou des actes normatifs différents des procédures et actes nécessaires pour la transposition, voire la mise en œuvre des actes législatifs européens (TFUE, articles 288 et 289).

La réponse est négative. Les mêmes compétences et les mêmes procédures s'appliquent en droit luxembourgeois sans préjudice du caractère d'acte législatif, d'acte délégué ou d'acte d'exécution de l'acte européen à transposer ou à mettre en œuvre et des spécificités de l'approche décrite sous 3.2. du présent rapport.

38 *Idem* pour les lois réglementant certaines professions libérales.

2.4. Face au phénomène de l'influence grandissante du droit européen dans certains domaines qui ont été «communautarisés» au rythme des étapes successives de l'intégration de l'Union, des pans de plus en plus importants de la législation nationale sont directement conditionnés par le droit de l'Union européenne. Le législateur luxembourgeois, sinon le pouvoir exécutif s'en trouvent confrontés à des délais souvent très courts pour assurer la transposition des directives, voire la mise en œuvre de règlements et de décisions. La loi précitée de 1971 ne s'est pas vraiment avérée une réponse appropriée et efficace pour rencontrer ce problème (limitation du champ d'application à certains domaines législatifs seulement, exclusion des matières réservées, …).

Eu égard par ailleurs au fait que le transfert des compétences normatives aux instances européennes résulte des traités qui ont été approuvés par une majorité parlementaire qualifiée, et que les parlements nationaux prennent une part effective à l'élaboration des actes législatifs européens (cf. article 12 et Protocole n° 1 du Traité de l'Union européenne), le Conseil d'Etat a, dans le cadre de son avis du 6 juin 2012 relatif à la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution[39], réitéré ses propositions antérieures en faveur d'un allégement des procédures de transposition et de mise en œuvre des actes législatifs européens. Sa proposition vise une prise en compte équilibrée, d'une part, du souci de réserver à la Chambre des députés la compétence de pouvoir délimiter la délégation d'attributions normatives au pouvoir exécutif et, d'autre part, la volonté de créer les préalables pour accélérer la transposition des directives et la mise en œuvre des autres actes législatifs européens en vue de mieux honorer les délais imposés à cet effet par le droit européen et d'éviter ainsi des insécurités juridiques dues à des divergences matérielles entre le droit européen et le droit interne.

Le texte proposé (qui est actuellement examiné par la commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle) est censé être inséré dans l'article relatif aux compétences réglementaires du Chef de l'Etat; ce texte se lirait comme suit:

> «[Le Chef de l'Etat] prend les règlements nécessaires pour l'application des actes juridiques de l'Union européenne.
>
> Dans les matières réservées par la Constitution à la loi, les limites et conditions dans lesquelles ces règlements peuvent être pris, ainsi que les modalités selon lesquelles ils sont adoptés sont déterminés par la loi. Dans les conditions que la loi prévoit, ces règlements peuvent déroger aux dispositions légales existantes ou remplacer celles-ci.»

---

39 Doc. parl. *n° 6030*[6].

3. Dans quelle mesure est-il recouru dans le droit national du Luxembourg aux techniques de «transposition par référence» et «transposition dynamique» des directives relevant tant de la catégorie des actes législatifs que de celle des actes délégués ou d'exécution de l'Union? Quelle est la position du Conseil d'Etat grâce à ces techniques de transposition?

En vue de répondre à cette deuxième question, il a paru indiqué de traiter séparément la question de la «transposition par référence» et celle de la «transposition dynamique».

3.1. La loi précitée du 9 août 1971 prévoit à son article 1er que les règlements pris en son exécution «pourront disposer que [les directives à transposer] ne seront pas publiées au Mémorial[40], et que leur publication au Journal officiel de l'Union européenne en tiendra lieu».

Abstraction faite du libellé malencontreux de la loi de 1971 pour renvoyer à la transposition par référence, celle-ci pourrait trouver de façon générale application dans les lois spéciales transposant elles-mêmes des directives ou servant de base légale à des règlements grand-ducaux de transposition de directives.

La technique de la transposition par référence consiste à déclarer dans l'acte de transposition applicable dans l'ordre juridique interne une directive dans son intégralité ou en partie par simple renvoi au Journal officiel de l'Union européenne.

La transposition par référence a notamment son intérêt en relation avec des directives au contenu très technique et très détaillé qui n'ont pas pour le Luxembourg d'incidences directes sur le plan politique, économique ou social, mais qui doivent être transposées pour des raisons juridiques formelles. Cette technique a dès lors trouvé des applications pratiques notamment en relation avec les directives européennes sur la réception par type des véhicules routiers ou sur les équipements marins.

La loi (voir notamment l'article 1er, alinéa 2 de la loi précitée du 9 août 1971) ou le règlement grand-ducal de transposition retient dans ce cas de figure dans son dispositif une disposition selon laquelle les dispositions des directives à transposer ne sont pas reproduites dans l'acte de transposition, mais que la publication au Journal officiel de l'Union européenne en tient lieu. Cette disposition est complétée par un tableau énumérant les directives publiées par référence et mentionnant leur numéro, leur dénomination ainsi que les numéro et date de leur publication dans le JOUE.

40 Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Aux termes des conditions exposées, la transposition par référence n'est donc admise que si la directive ne comporte pas d'options laissées au choix des Etats membres sur la manière de la transposer, et que ses dispositions en relation avec les droits et obligations des administrés sont suffisamment détaillées et claires au point de ne pas exiger de précisions complémentaires dans l'acte de transposition.

3.2. Le second aspect à analyser dans le contexte de la question sous objet a trait à la transposition dynamique.

A priori, la question se pose tant pour les actes délégués de l'article 290 que pour les actes d'exécution de l'article 291.

3.2.1. Sans prétention d'une vérification exhaustive, il apparaît que les actes d'exécution publiés au Journal officiel de l'Union européenne ont en 2012 et 2013 été plus nombreux que les actes délégués.

Les actes pris sur base de l'article 291 sont normalement des directives d'exécution ou des décisions d'exécution, bien que sporadiquement la Commission recoure aussi à la forme du règlement pour assurer l'exécution d'un acte législatif[41]. Sur la période précitée, les actes législatifs ayant comporté un acte d'exécution étaient tous des directives, à une exception près (exécution d'un règlement)[42].

Les actes délégués pris en 2012 et 2013 ont tous eu pour objet de modifier ou de compléter des directives. Normalement, ces actes délégués ont revêtu la forme d'un règlement délégué, mais il existe aussi de façon plus isolée de cas où l'acte délégué était une directive ou une décision[43].

3.2.2. Le recours à des actes délégués de la Commission européenne pour modifier ou compléter les «éléments non essentiels» d'un acte législatif selon les errements de l'article 289 confronte le législateur national au choix de la forme

---

41 Cf. Règlement d'exécution (UE) n° 176/2012 de la Commission du 1er mars 2012 modifiant les annexes B, C et D de la directive 90/429/CEE du Conseil en ce qui concerne les exigences de police sanitaire relatives à la brucellose et à la maladie d'Aujeszky (JOUE L 61 du 2 mars 2012).

42 Cf. Décision d'exécution de la Commission du 18 avril 2013 relative aux rapports annuels à établir concernant les inspections non discriminatoires réalisées conformément au règlement (CE) n° 1/2005 du Conseil relatif à la protection des animaux pendant le transport et les opérations annexes et modifiant les directives 64/432/CEE et 93/119/CE et le règlement (CE) n° 1255/97 (JOUE L 111 du 23 avril 2013).

43 Cf. Directive déléguée 2012/50/UE de la Commission du 10 octobre 2012 modifiant, aux fins de son adaptation au progrès technique, l'Annexe III de la directive 2011/65/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une exemption relative aux applications utilisant du plomb (JOUE L 348 du 18 décembre 2012), décision déléguée de la Commission du 3 février 2012 modifiant la directive 2009/42/CE du Parlement européen et du Conseil relative au relevé statistique de transports de marchandises et de passagers par mer (JOUE L 101 du 11 avril 2012).

appropriée pour tenir compte dans le droit interne de la modification apportée à l'acte législatif européen de base.

La question se pose notamment en relation avec les directives qui, selon l'article 288 TFUE, requièrent un acte de transposition en droit interne.

La transposition dynamique peut être définie comme méthode retenue par la norme de transposition interne d'une directive de base qui inclut *ab initio* les modifications à venir (sous forme d'actes délégués ou d'actes d'exécution) de celle-ci, et qui est explicitement prévue dans la norme de transposition.

Si la directive de base transposée en droit national est modifiée ou complétée sur un ou plusieurs de ses «éléments non essentiels» par un règlement délégué ou une décision déléguée qui, par définition, sont directement applicables, l'acte de transposition de la directive de base se voit en principe de plein droit modifié en raison de la primauté du droit européen sur le droit interne des Etats membres, même dans l'hypothèse où il serait matériellement maintenu sous forme inchangée. Or, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne oblige les Etats membres à adapter aussi sur le plan matériel leur droit interne aux exigences du droit européen pour éviter dans le chef des administrés toute incertitude quant au droit applicable.[44] D'un autre côté, il est interdit aux autorités nationales de prendre des actes de droit interne qui auraient pour conséquence de dissimuler aux administrés la nature de droit européen de la règle juridique qui se dégage du règlement ou de la décision délégués ainsi que les effets qui en découlent (dont notamment la date d'entrée en vigueur).[45]

3.2.3. Confronté à la nouvelle situation qui résulte de la mise en œuvre des dispositions de l'article 290 TFUE, le Conseil d'Etat a été amené à chercher une solution à la fois juridiquement satisfaisante et techniquement facile à mettre en œuvre, et qui est censée jouer notamment dans l'hypothèse où l'acte délégué revêt la forme d'un règlement ou d'une décision de la Commission. Aussi le raisonnement du Conseil d'Etat a-t-il consisté à considérer qu'en présence d'un acte délégué, il n'y aura pas d'obligation de transposition nouvelle de l'acte délégué, dès lors que l'acte de transposition de la directive de base se limite à un renvoi aux dispositions déterminant les modalités pour prendre les actes délégués et désignant les éléments «non essentiels» pouvant être modifiés ou complétés par acte délégué. Selon le Conseil d'Etat, l'Etat luxembourgeois aura, en procédant de la façon, «[pris] toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union». La sécurité juridique des administrés sera également garantie,

44 CJUE, 2 février 1977, aff. 50-76, *Amsterdam Bulb c/ Produktschap voor Siergewassen* (décision préj.).

45 CJUE, 15 octobre 1986, aff. 168/85, *Commission européenne c/République italienne.*

puisque l'acte de transposition renvoie expressément aux «éléments non essentiels» de la directive, tels que modifiés ou complétés par acte délégué. Par ailleurs, la publication de l'acte délégué au Journal officiel de l'Union européenne est considéré dans ces conditions comme suffisante pour assurer l'information des administrés, nonobstant la nécessité de la parution, préconisée par le Conseil d'Etat, d'un avis au Mémorial renvoyant à cette publication.

L'approche décrite a été reprise dans plusieurs avis récents du Conseil d'Etat. La transposition de la directive 2010/73/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant la directive 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé contient des seuils susceptibles d'être modifiés par la voie d'actes délégués. Les auteurs du projet de loi de transposition avaient proposé d'insérer les seuils initiaux dans le texte de la loi tout en prévoyant la possibilité de modifier ces seuils par le biais de règlements (nationaux) à prendre par la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), établissement public doté d'un pouvoir réglementaire en la matière. Dans son avis du 12 juin 2012[46], le Conseil d'Etat s'y est opposé parce que le propre du règlement est d'exécuter la loi et non pas de la modifier, et il a proposé de remplacer la référence aux seuils initiaux prévus dans la directive de base par une simple référence à l'article correspondant de la directive, tout en précisant que les seuils prévus pourront être modifiés par des actes délégués de la Commission européenne, les modifications ainsi intervenues étant publiées au Mémorial par un avis de la CSSF renvoyant à la publication de l'acte délégué au Journal officiel de l'Union européenne. Et il a proposé en plus de compléter le texte de la loi en projet par une disposition voulant que les seuils en question «[se trouvent] modifiés sans autre forme de procédure avec effet au jour de la date d'entrée en vigueur des actes délégués».

Dans le cadre de la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE qui avait entre-temps été modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission du 30 novembre 2009 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui

46 Doc. parl. *n° 6319*[2].

concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, la question s'est posée de façon similaire. Le Conseil d'Etat a estimé, dans son avis du 27 novembre 2012[47], que même si les actes législatifs européens précités ont produit leurs effets dès avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui a donné leur contenu actuel aux articles 288 à 291 TFUE, l'approche préconisée pour la transposition de la directive 2010/73/UE peut s'appliquer également en vue de la transposition de la directive 2009/81/CE. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il proposé de prévoir dans la loi de transposition une disposition aux termes de laquelle les seuils de la valeur estimée, en fonction de laquelle les dispositions de la directive sont applicables, sont ceux indiqués par l'article afférent de la directive elle-même et «par les actes de la Commission européenne pris en exécution de l'article 68 de la directive».

Le Conseil d'Etat a eu une nouvelle fois l'occasion de se prononcer sur l'approche précitée dans son avis du 14 mai 2013 relatif au projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets[48] qui a pour objet de compléter la loi de 2010 par une disposition permettant d'assurer la transposition des directives prises pour modifier les annexes de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets.

Par référence à ces avis, la prise de position du Conseil d'Etat peut être résumée comme suit:

– les annexes de la directive 2009/48/CE, ainsi que tout élément non essentiel d'une directive susceptible d'être modifié ou complété par acte délégué de la Commission, peuvent faire l'objet d'une «transposition dynamique»;
– à cet effet, l'acte de transposition doit comporter une disposition qui renvoie aux dispositions afférentes de la directive telle que publiée au Journal officiel de l'Union européenne;
– une référence à la technique de modification de la directive de base par des actes délégués pris en conformité de l'article afférent de cette directive doit figurer dans l'acte de transposition;
– dans un souci de transparence, l'acte de transposition doit prévoir l'obligation de publier au Mémorial un avis, chaque fois que les éléments non essentiels de la directive sont modifiés par acte délégué et préciser la date de l'entrée en vigueur de l'acte délégué sur le plan national;

47 Doc. parl. *n° 6439*[1].

48 Doc. parl. *n° 6473*[2].

– les éléments de la directive qui ne peuvent pas être modifiés par acte délégué doivent continuer à être repris dans l'acte de transposition et être modifiés en cas de besoin par la procédure de transposition ayant prévalu en relation avec celle de la directive de base.

3.2.4. Si l'acte délégué revêt la forme d'une directive, la transposition de la directive déléguée peut en principe intervenir par un acte de même nature que celui ayant assuré la transposition de la directive de base. Or, il s'agit là d'une procédure plus lourde que celle que permet une transposition dynamique.

Jusqu'ici, la question de la transposition dynamique ne s'est pas encore posée dans l'hypothèse où l'acte législatif européen de base est un règlement et où l'acte délégué intervient sous forme de directive.

La solution décrite est censée s'appliquer également dans cette hypothèse. L'acte de transposition de la première des directives déléguées devra dans ces conditions prévoir le renvoi général aux «éléments non essentiels» du règlement de base que la directive à transposer aura modifiés ou complétés. L'acte de transposition aurait de la sorte pour double finalité d'être acte d'exécution du règlement européen de base et acte de transposition de la directive déléguée.

En matière d'actes d'exécution des «actes juridiquement contraignants» de l'Union européenne, le cas de figure le plus fréquent est celui où une directive de base est suivie d'une ou de plusieurs directives d'exécution.

Dans cette hypothèse, tant la directive de base que la ou les directives d'exécution font l'objet de la procédure de transposition classique qui, selon le contexte constitutionnel, interviendra sous forme d'une loi ou d'un règlement grand-ducal. Toutefois, rien ne s'opposerait à appliquer dans ce contexte la technique de la transposition dynamique.

Les autres cas de figure, et notamment celui où la directive de base connaît des mesures d'exécution confiées à un règlement d'exécution[49], n'ont jusqu'ici pas encore connu d'application ayant demandé l'intervention du Conseil d'Etat. La technique de la transposition dynamique pourrait en pareille circonstance trouver application, en particulier dans l'hypothèse où le règlement d'exécution modifie la directive de base.

49 Cf. note de bas de page n° 4, ci-avant.

REPONSES DU LUXEMBOURG AU QUESTIONNAIRE SUR LA REGULATION ECONOMIQUE SECTORIELLE DANS LES PAYS DE L'UNION EUROPEENNE

(24 mars 2014)

Contribution du Conseil d'Etat

I. Le champ et l'objet de la régulation économique sectorielle

1. *La régulation économique sectorielle porte en priorité sur les secteurs visés par des actes de droit dérivé de l'Union européenne (transports, énergie, activités postales, communications électroniques, médias audiovisuels). D'autres secteurs sont-ils soumis à une telle régulation dans votre pays?*

Dans l'hypothèse où la régulation économique inclut la régulation financière, il y a lieu d'inclure pour le Luxembourg le secteur financier et celui des assurances:

- Le secteur financier:

  La Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des professionnels du secteur financier (PSF) (entreprises d'investissement, PSF spécialisés, PSF de support), des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, des organismes de placement collectif, des fonds de pension, des sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR), des organismes de titrisation émettant en continu des valeurs mobilières à destination du public, des marchés réglementés ainsi que de leurs opérateurs, des systèmes multilatéraux de négociation, des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique. Elle exerce également la surveillance des marchés d'instruments financiers, y compris des opérateurs.

- Le secteur des assurances:

  Le Commissariat aux assurances est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des entreprises d'assurances, de réassurances et des intermédiaires d'assurances (agents et courtiers).

2. *L'ensemble des actes de droit dérivé de l'Union européenne en matière de régulation économique sectorielle ont-ils été transposés en droit interne et/ou sont-ils mis en œuvre en pratique?*

Le Luxembourg a transposé l'ensemble des directives de l'Union européenne en la matière. Une simple mise en œuvre en pratique de ces directives n'a pas

été envisagée, alors qu'elle risquerait de contrevenir aux principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne[50].

Transport – Secteur ferroviaire

– Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire.

  Transposée par: Loi du 3 août 2010 ayant pour objet A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire; B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire; C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation; D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire.

Transport – Redevances aéroportuaires

– Directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2009, sur les redevances aéroportuaires.

  Transposée par: Loi du 23 mai 2012 portant transposition de la directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires et portant modification: 1) de la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne; 2) de la loi modifiée du 19 mai 1999 ayant pour objet a) de réglementer l'accès au marché de l'assistance en escale à l'aéroport de Luxembourg, b) de créer un cadre réglementaire dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, et c) d'instituer une Direction de l'Aviation Civile.

Electricité

– Directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 janvier 2006, concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures;

50 CJUE, arrêt du 20 mars 1997, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-96/95.



– Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE – Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets.

  Transposées par: Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

– Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

  Transposée par: Loi du 7 août 2012 modifiant la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

Gaz naturel:

– Directive 2004/67/CE du Conseil, du 26 avril 2004, concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel;

– Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE.

  Transposées par: Loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

– Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

  Transposée par: Loi du 7 août 2012 modifiant la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

Services postaux

– Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté.

  Transposée par: Loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux.

Communications électroniques:

– Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de

communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques;

– Directive 2009/136/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

  Transposées par: Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

Médias – Fréquences radioélectriques

– Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs;

– Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

  Transposées par: Loi du 27 février 2011 modifiant la loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques.

– Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive 'cadre');

– Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive 'autorisation').

Transposées par: Loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques.

Médias électroniques/audiovisuels

– Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

  Transposée par: Loi du 17 décembre 2010 portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

– Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

  Transposée par: Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

3. *La régulation économique sectorielle a-t-elle uniquement pour objet d'ouvrir à la concurrence des secteurs dans lesquels il existe un monopole d'Etat? Dans la négative, quels sont ses autres objectifs (mise en place d'un marché intérieur, définition d'obligations de service universel, protection des consommateurs, etc.)?*

La régulation économique sectorielle ne se limite pas seulement à l'ouverture à la concurrence des différents secteurs.

Les autres objectifs de la régulation économique sectorielle incluent:

– la sensibilisation et la protection des consommateurs;
– un service de médiation: mode extrajudiciaire, transparent, rapide et gratuit de résolution de litiges (assuré par l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) dans les domaines des communications électroniques, de l'électricité et du gaz naturel).

A titre d'exemple, dans le secteur des services postaux, en tant qu'autorité de régulation indépendante, l'ILR a pour mission:

a) de veiller au respect des obligations du service postal universel imposées au prestataire;

b) d'assurer:
   – la surveillance du marché des services postaux;
   – le maintien d'un service postal universel de qualité;

- la protection des usagers en matière de services postaux;
- l'information, notamment à l'égard des organismes nationaux, internationaux et communautaires des opérateurs et utilisateurs de services postaux.

En matière financière, dans la mise en œuvre du droit de la consommation, la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) est compétente pour recevoir les réclamations des clients des prêteurs qui tombent sous sa surveillance. En cas de litige transfrontalier, la CSSF est habilitée à coopérer, aux fins d'un règlement à l'amiable des réclamations, avec les entités des autres Etats membres habilitées à traiter des réclamations des consommateurs.

Dans le même sens, le Commissariat aux assurances est l'autorité compétente pour assurer le respect des lois protégeant les intérêts des consommateurs dans le secteur des assurances et des réassurances ainsi que des intermédiaires d'assurances.

4. *La régulation économique sectorielle est-elle une régulation* ex ante*, visant à définir* a priori *des obligations applicables aux entreprises des secteurs régulés, ou* ex post*, visant à faire respecter les règles en matière de concurrence en cas d'infraction?*

Il s'agit d'une régulation à la fois *ex ante* assurée par les autorités de régulation instituées sous forme d'établissement public, et *ex post* assurée par les mêmes autorités et surtout le Conseil de la concurrence qui est chargé de garantir le libre jeu de la concurrence et qui intervient donc après avoir constaté un abus de position dominante.

5. *La mise en œuvre d'une régulation économique sectorielle a-t-elle conduit à l'instauration d'une concurrence dans les secteurs en cause? Les nouveaux entrants sont-ils parvenus à intégrer les marchés régulés? Dans la négative, pour quelles raisons?*

Dans certains secteurs, la régulation économique a conduit à un environnement concurrentiel (ex.: secteur télécom), alors que dans d'autres, le jeu de la concurrence ne s'est pas encore véritablement établi, ce qui est dû principalement à l'exiguïté du pays.

6. *La mise en œuvre d'une régulation économique sectorielle a-t-elle conduit, directement ou indirectement, à la privatisation totale ou partielle d'entreprises publiques?*

Dans la grande majorité des cas, la mise en œuvre de la régulation économique a conduit à la constitution de sociétés de capitaux où l'Etat détient une



partie, souvent majoritaire, du capital. Il ne peut donc s'agir que de privatisations partielles.

A titre d'exemple, les parts de la Société de l'Aéroport de Luxembourg S.A. (Lux-Airport) sont entièrement détenues par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, sauf une action symbolique qui appartient à la Société de Promotion et de Développement de l'Aéroport de Luxembourg. Les modalités de mise en œuvre des missions sont réglées par voie de contrat entre l'Etat et la société.

Dans le secteur de l'énergie, LEO (Luxembourg Energy Office) S.A. a été constituée par la Ville de Luxembourg en réponse au mouvement de libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz dans l'Union européenne. L'administration communale de la Ville de Luxembourg s'était ainsi dotée d'une structure commerciale adaptée pour répondre aux exigences de la libéralisation du marché de l'énergie. La Ville de Luxembourg était actionnaire majoritaire dans cette société.

7. *Quels secteurs de la vie économique souhaiteriez-vous aborder plus particulièrement sous l'angle de la régulation?*

Néant.

II. L'organisation de la régulation économique sectorielle

1. *La régulation économique sectorielle est-elle mise en œuvre par une ou plusieurs autorités indépendantes du Gouvernement? Dans l'affirmative, quels motifs ont présidé à ce choix et par quels moyens leur indépendance est-elle garantie?*

Le législateur luxembourgeois a créé plusieurs autorités indépendantes pour mettre en œuvre la régulation économique sectorielle. Ces autorités sont constituées sous la forme juridique des établissements publics qui sont des personnes morales de droit public créées et dotées de la personnalité juridique par la loi. L'article 108*bis* de la Constitution luxembourgeoise dispose que «La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet. Dans la limite de leur spécialité le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs».

Ces établissements publics sont régis par le principe de spécialité et ils jouissent de l'autonomie de gestion, tout en restant soumis au pouvoir tutélaire de l'autorité publique. La spécialité et l'autonomie forment les deux éléments constitutifs caractérisant les établissements publics.

Le principe de spécialité signifie que la personne morale dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas aux établissements publics d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de participer à de telles activités.

L'autonomie de l'établissement public, qui va de pair avec la personnalité juridique, est octroyée en fonction de la spécialité. Les composantes de cette autonomie sont diverses et sont, le cas échéant, dictées par les modalités de la tutelle qui pèsent sur l'établissement. Si le législateur décide d'introduire un mécanisme de tutelle, il doit cependant ménager un juste équilibre entre le souci d'assurer une réelle autonomie à l'établissement public et la préoccupation de mettre l'Etat en mesure d'exercer effectivement son pouvoir de contrôle et de tutelle[51].

Les motifs ayant conduit à la création de plusieurs autorités indépendantes sont d'ordre politique.

2. *Ces autorités sont-elles indépendantes des secteurs économiques régulés? Dans l'affirmative, par quels moyens cette indépendance est-elle garantie?*

L'indépendance des autorités est garantie par les lois organiques respectives et par le recours à la forme juridique de l'établissement public, au sens de l'article 108*bis* de la Constitution précité.

A titre d'exemple, la loi organique de l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) prévoit que cet institut exerce «en toute indépendance les missions de régulation des secteurs économiques, entreprises et opérateurs dans le cadre et dans les limites des pouvoirs lui accordés par les lois et règlements qui régissent ces secteurs»[52].

3. *Ces autorités disposent-elles d'un pouvoir réglementaire? Dans l'affirmative, ce pouvoir réglementaire est-il général dans les secteurs en cause ou strictement limité à certains aspects de la régulation?*

Aux termes de l'article 108*bis* de la Constitution, la loi peut accorder aux établissements publics le pouvoir de prendre des règlements «dans la limite de leur spécialité». La loi peut en outre «soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension

---

51 Avis du Conseil d'Etat du 20 février 2001 sur le projet de loi portant création d'un établissement public nommé «Centre Culturel de Rencontre Abbaye de Neumünster» (doc. parl. *n° 4702*[1], p. 5).

52 Article 2 de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant: 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.



en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs».

D'après la Cour constitutionnelle, «le pouvoir normatif des établissements publics est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et reste réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique, destinées à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal»[53]. Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire limité et encadré.

4. *Ces autorités participent-elles, par exemple par des procédures d'avis, à l'élaboration de la législation applicable aux secteurs régulés?*

Si la loi organique de l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) ne prévoit pas de procédure où l'autorité peut intervenir, par le biais d'avis consultatifs, dans les procédures législative et réglementaire, quelques lois sectorielles qui tombent dans le champ de compétence de cet Institut prévoient de telles procédures. Ainsi, la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel prévoit que l'autorité de régulation, à savoir l'ILR, «émet, sur demande du ministre, des avis concernant toute question en relation avec le secteur du gaz naturel»[54].

Au sein de la Commission du secteur financier (CSSF), des comités consultatifs de la réglementation prudentielle sont institués qui peuvent être saisis pour avis à l'intention du Gouvernement sur tout projet de loi ou de règlement grand-ducal concernant la réglementation dans le domaine de la surveillance du secteur financier relevant de sa compétence[55]. La CSSF a également le pouvoir de participer aux négociations, sur le plan européen et international, relatifs aux problèmes touchant le secteur financier et elle peut présenter au Gouvernement toutes suggestions susceptibles d'améliorer l'environnement législatif et réglementaire du secteur financier[56].

Le Commissariat aux assurances peut émettre un avis sur toute question relative au développement et à la surveillance du secteur des assurances et des réassurances dont il est saisi par le ministre ou par le directeur[57].

---

53 Cour constitutionnelle, arrêts du 19 mars 2013, nos 76/13 à 95/13 (Mém. A n° 54 du 29 mars 2013, p. 681).

54 Article 51, paragraphe 3 de la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

55 Article 15 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

56 Article 3, d) et f) de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

57 Article 6, e) de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances.

A noter également que la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence investit le Conseil de la concurrence de fonctions d'analyse et de missions consultatives. En effet, aux termes de cette loi, «Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence. Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement 1) portant modification ou application de la présente loi; 2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet: a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives; b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones; c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente»[58].

5. *Ces autorités disposent-elles d'un pouvoir de sanction à l'égard des entreprises des secteurs régulés? Dans l'affirmative, quels types de sanction peuvent-elles prononcer et selon quelles procédures? Ces procédures de sanction assurent-elles le respect des stipulations de l'article 6§1 de la CESDH?*

Les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction à l'égard des professionnels tombant sous leur champ de compétence respectif. Les sanctions (administratives) peuvent revêtir différentes formes: avertissements et blâmes prononcés en matière disciplinaire, amendes, retraits d'agréments ou d'autorisations, fermetures voire suppressions d'établissements ou d'installations, interdictions d'exercer une profession, etc.

Dans la mesure où ce pouvoir quasi-juridictionnel porte sur l'application de règlements édictés par l'autorité de régulation, et afin de respecter les exigences de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg rappelle régulièrement dans ses avis que le législateur doit veiller à établir une séparation nette entre les deux fonctions, réglementaire (pouvoirs de police) et juridictionnelle (pouvoir de prononcer des sanctions) au sein de l'autorité dans le chef des personnes appelées à les exercer afin d'écarter tout doute quant à une juste application du principe d'impartialité[59].

Dans le même sens, il rappelle régulièrement que les textes prévoyant des sanctions administratives considérées comme peines doivent prévoir la possibilité d'un recours en réformation, afin de permettre au juge administratif d'examiner l'opportunité de la décision attaquée et, pour le cas où la sanction émane d'une autorité administrative qui ne remplit pas elle-même les condi-

---

58 Article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

59 Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl. *n° 5605*[5], p. 20); Cour européenne des droits de l'homme, arrêts *Procola c/ Luxembourg* du 28 septembre 1995, *Mc Gonnell c/ Royaume-Uni* du 8 février 2000 et *Savino et autres c/ Italie* du 28 avril 2009 ; Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl. *n° 5229*[5], p. 3).



tions d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article de la prédite convention, d'y substituer sa propre décision[60].[61]

6. *Chaque secteur économique est-il régulé par une instance différente (qu'il s'agisse d'un organe issu du Gouvernement ou d'une autorité indépendante) ou certaines instances exercent-elles cette compétence dans plusieurs secteurs?*

L'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) est chargé de la régulation des secteurs économiques suivants:

– réseaux et services de communications électroniques (télécommunications);
– transport et distribution d'énergie électrique;
– transport et distribution de gaz naturel;
– transport;
– services postaux.

En outre, il assure la gestion et la coordination du spectre des fréquences radioélectriques.

L'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel (ALIA)[62] est chargée de la surveillance des médias et du secteur audiovisuel.

La Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des professionnels du secteur financier (entreprises d'investissement, PSF spécialisés, PSF de support), des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, des organismes de placement collectif, des fonds de pension, des SICAR, des organismes de titrisation émettant en continu des valeurs mobilières à destination du public, des marchés réglementés ainsi que de leurs opérateurs, des systèmes multilatéraux de négociation, des établissements de paiement et des

60 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Silvester's Horeca Service c/ Belgique* du 4 mars 2004; Avis de la Cour administrative du 29 octobre 2009 sur le projet de loi portant approbation des conventions fiscales et prévoyant la procédure y applicable en matière d'échange de renseignements sur demande (doc. parl. *n° 6072¹*, pp. 3 et suiv.).

61 Avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 1994 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant: 1) l'entrée et le séjour des étrangers 2) le contrôle médical des étrangers 3) l'emploi de la main-d'œuvre étrangère (doc. parl. *n° 4013*, p. 18).

62 Créée par la loi du 27 août 2013 modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques en vue de la création de l'établissement public «Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel» et modifiant 1) la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et 2) la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques.

établissements de monnaie électronique. Elle exerce également la surveillance des marchés d'instruments financiers, y compris de leurs opérateurs.

Le Commissariat aux assurances est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des entreprises d'assurances, de réassurances et des intermédiaires d'assurances (agents et courtiers).

A côté de ces autorités «classiques» de régulation économique, le Conseil de la concurrence occupe une place à part. En effet, le droit et la politique de concurrence ont été réformés de façon substantielle par la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Entrée en vigueur le 1er février 2012, la nouvelle loi attribue des pouvoirs nouveaux au Conseil de la concurrence et réorganise le cadre institutionnel mis en place par l'ancienne loi du 17 mai 2004. Dorénavant, le Conseil de la concurrence est l'unique autorité de concurrence au Grand-Duché. Il a repris les anciennes missions d'enquête et d'instruction de l'Inspection de la concurrence qui a été supprimée par la nouvelle loi. Le Conseil de la concurrence reste compétent pour sanctionner et faire cesser les ententes et les abus de position dominante en vertu des articles 3 et 5 de la loi et en vertu des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

7. *Comment les compétences des instances responsables de la régulation économique sectorielle s'articulent-elles, le cas échéant, avec celles d'une instance transversale en charge du respect du droit de la concurrence?*

Dans un souci de rapprocher davantage les autorités de régulation économique et l'autorité chargée de faire respecter le droit de la concurrence, le gouvernement issu des élections parlementaires du 20 octobre 2013 entend réformer le fonctionnement de ces autorités. Toutefois, les détails de cette réforme ne sont pas encore connus. Aux termes du programme gouvernemental, il est indiqué que «L'Institut luxembourgeois de régulation (ILR) est un établissement public indépendant qui a pour mission d'assurer et de superviser, dans l'intérêt du consommateur, le bon fonctionnement des marchés sur base d'une concurrence effective et durable, tout en garantissant un service universel de base. Le Conseil de la concurrence pour sa part est une autorité administrative indépendante dont le rôle est de garantir la libre concurrence et de veiller au bon fonctionnement des marchés ainsi qu'au respect des règles de concurrence nationales et européennes. Le Gouvernement considérera et étudiera un rapprochement entre l'ILR et le Conseil de la concurrence afin de pouvoir mettre à profit les compétences de ces deux autorités indépendantes».



LE PERIMETRE DE LA LIBERTE DE COMMERCE A TRAVERS LES AVIS DU CONSEIL D'ETAT ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

par Mike Poiré, Attaché du Conseil d'Etat

> *«Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de liberté. (…)»*[63].

I. Propos introductifs et délimitation du sujet

La «liberté de commerce» signifie dans le cadre de la présente analyse la «liberté du commerce et de l'industrie» et l'«exercice de la profession libérale et du travail agricole» tels qu'ils ont été consacrés par le Constituant du Grand-Duché de Luxembourg et affirmée dans le décret d'Allarde de 1791 toujours en vigueur en France. Cette pérennité est d'autant plus remarquable que le principe a toujours subi des atteintes, particulièrement celles liées au développement de l'interventionnisme économique, et nourri des interrogations sur sa valeur (constitutionnelle, législative, de principe général du droit) comme sur son contenu (libre accès aux activités professionnelles, libre exercice de l'activité professionnelle).

Si aujourd'hui, la liberté du commerce et de l'industrie bénéficie du mouvement de libéralisation provoqué au plan supranational par l'ouverture des marchés et par la compétition qui en résulte entre législations nationales vers plus de liberté pour attirer les entreprises, la présente analyse se limite, d'après son intitulé, au périmètre de la liberté à travers les avis du Conseil d'Etat du Luxembourg en passant par une analyse sommaire de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Par «périmètre», nous entendons le «contour d'un espace quelconque»[64], en l'occurrence de la liberté du commerce et de l'industrie, ou d'après un dictionnaire juridique, l'«espace délimité à l'intérieur duquel s'applique une réglementation particulière»[65]. La «liberté» se définit en droit comme la «situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il veut toutes ses facultés»[66] ou l'«exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité»[67].

---

63 Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI – Chapitre 2 – Diverses significations données au mot de liberté, 1748.

64 D'après la définition du Petit Larousse illustré; le Nouveau Petit Robert définit la notion par «zone, surface quelconque».

65 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Huitième édition revue et augmentée, 2000, Presses universitaires de France.

66 Gérard Cornu, *op. cit.*, définition de «la liberté».

67 Gérard Cornu, *op. cit.*, définition de «une liberté».

Le terme «commerce» signifie d'un point de vue économique l'«ensemble des activités qui consistent à vendre des produits achetés sans leur faire subir de transformation importante»[68]. Le commerce se distingue ainsi de l'«industrie», pourtant incluse dans le cadre de la présente analyse, et qui désigne l'«ensemble des activités économiques consacrées à l'extraction, à la production et à la transformation des richesses»[69]. Il faut encore y inclure l'«activité agricole» qui se définit comme l'«action ayant pour objet la mise en valeur du sol en vue de la réalisation d'une production végétale ou animale et justifiant l'application des lois relatives à l'agriculture»[70]. L'«agriculture» regroupe l'«ensemble des opérations de culture et de mise en valeur du sol ayant pour but d'obtenir les productions végétales ou animales utilisées par l'homme»[71]. Finalement, le commerce inclut également l'ensemble des activités exercées par les professions dites libérales[72].

Mais le rôle et la finalité strictement économiques de cette liberté justifient qu'elle demeure limitée et qu'elle soit conciliée avec d'autres libertés ou valeurs, notamment pour éviter la domination, de plus en plus forte, de l'ordre économique sur toute autre exigence sociale.

II. Origine historique, fondement et valeur de la liberté du commerce et de l'industrie

A) *Origine historique*

L'origine de la liberté du commerce et de l'industrie remonte à la Révolution française de 1789 dont l'un des principaux mobiles résidait dans le fait qu'en raison du régime corporatif sclérosant, la libre entreprise était noyée sous le poids des réglementations. L'économie féodale de type corporatiste était alors transformée en un système libéral d'économie de marché. C'est dans ce contexte économique et social que fut adopté le décret d'Allarde[73] des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes[74] dont l'article 7 dispose qu'«à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou

68 Gérard Cornu, *op. cit.*

69 Gérard Cornu, *op. cit.*

70 Gérard Cornu, *op. cit.*

71 Gérard Cornu, *op. cit.*

72 Professions d'ordre intellectuel, en raison de l'indépendance qu'exige leur exercice. Au Luxembourg, certaines professions libérales sont soumises à autorisation d'établissement, d'autres au contraire en sont expressément soustraites (avocats, médecins, réviseurs d'entreprises, etc.). Les professions libérales tombant sous l'empire de la loi d'établissement sont les suivantes: les architectes, les ingénieurs, les experts-comptables, les conseils en propriété industrielle, les conseils économiques et les géomètres.

73 Du nom du rapporteur à la Constituante, Pierre d'Allarde.

74 Pasinomie, 1790-1791, t. II, p. 230.



d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits». Ce texte est considéré comme le fondement juridique de la liberté du commerce et de l'industrie, portant suppression de tous les droits d'aides et de toutes les maîtrises et jurandes. Le décret constituait, en fait, une loi fiscale ayant eu pour objet l'institution de la patente, avec en contrepartie l'abolition de toute une série d'anciens impôts et d'autres charges fiscales que les corporations de métiers faisaient peser sur les activités économiques. Il s'inscrit dans la ligne du démantèlement des corps intermédiaires de l'Ancien Régime, conduisant à la destruction de toutes les communautés d'arts et métiers pour des raisons économiques et permet, comme l'avait fait pendant quelques mois l'édit de Turgot[75] en 1776, d'exercer une profession sans appartenir à une corporation ni à un métier[76].[77]

La liberté du commerce et de l'industrie est un des principaux fondements du libéralisme économique qui se définit comme la «doctrine économique (ou politique gouvernementale) qui érige en système l'abandon de l'économie à la loi du marché et dont la traduction juridique est l'affirmation en principe de la liberté des conventions, l'intervention de l'Etat dans les relations économiques étant réduite au minimum, sinon exclue»[78]. La recherche de la liberté en matière économique était en effet une des préoccupations majeures de personnalités politiques et économistes du XVIIIe siècle, en particulier des physiocrates[79].

Historiquement, la liberté du commerce et de l'industrie est ainsi comprise comme la liberté d'exercer une activité professionnelle commerciale ou industrielle et donc d'accéder à ce type d'activités. D'après la doctrine juridique majoritaire, son domaine est étendu aux professions libérales et de manière encore plus large à toutes les autres

---

75 Du nom du physiocrate, homme d'Etat et économiste.

76 C'est le décret des 14-17 juin 1791, connu sous le nom de loi Le Chapelier, qui a interdit toutes les espèces de corporations sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit (Pasinomie, 1791, t. III, p. 22).

77 Pour une étude plus approfondie du décret d'Allarde, voir Antonis Manitakis, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 17.

78 Gérard Cornu, *op. cit.*.; cette école de pensée, dont la dénomination est associée au siècle des Lumières, estime que les libertés économiques (libre-échange, liberté d'entreprendre, libre choix de consommation, de travail, etc.) sont nécessaires en matière économique et que l'intervention de l'Etat doit y être aussi limitée que possible (source: Wikipedia). Selon Cornu, le libéralisme économique s'oppose à l'«interventionnisme» qui désigne la «doctrine économique (ou politique étatique) prônant (ou réalisant) l'irruption de l'Etat dans les affaires relevant traditionnellement du secteur privé».

79 La physiocratie est une école de pensée économique et politique, née en France vers 1750, qui contribue de manière décisive à forger la conception moderne de l'économie et à placer la réflexion et la pratique de l'économique dans un cadre de référence plus autonome. Elle connaît son apogée au cours de la seconde moitié du XVIIIe siècle. Les membres les plus connus en sont Turgot et Du Pont de Nemours.

activités professionnelles, de sorte que sont souvent évoquées à côté de la liberté du commerce et de l'industrie la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté de pouvoir créer librement une activité économique et d'exercer une profession, et la libre concurrence, autrement dit le fait que les acteurs économiques doivent respecter une éthique qui ne fausse pas la concurrence. Cette liberté implique également qu'en vertu du principe de neutralité économique de l'Etat, ce dernier ne vienne pas fausser la concurrence en exerçant lui-même des activités commerciales et industrielles d'une manière qui romprait l'égalité entre concurrents.

La liberté du commerce et de l'industrie n'est donc qu'une liberté parmi d'autres. En effet, elle apparaît comme la conséquence logique d'un régime de concurrence qui existe par essence entre les opérateurs économiques. Cette liberté, dans son acception la plus traditionnelle, comporte deux séries d'interdictions: tout d'abord, elle interdit à l'Etat d'organiser le commerce, au sens large, par des mesures administratives; ensuite, elle interdit aux particuliers d'organiser eux-mêmes l'économie par des accords, de concurrence déloyale notamment, ou des ententes monopolistiques qui suppriment purement et simplement la faculté d'exercer un commerce. La liberté du commerce et de l'industrie joue donc aussi bien dans les rapports entre le pouvoir public et les opérateurs économiques, que dans les rapports entre ces derniers eux-mêmes.

Le décret d'Allarde ne saurait être correctement interprété en faisant abstraction du contexte historique dans lequel il a été adopté, à savoir celui de la consécration de l'Etat libéral. L'affirmation de son article 7 précité que chacun est autorisé à exercer librement le commerce de son choix sous la seule condition de se conformer aux règlements de police, signifie, dans le contexte économique et social qui l'a vu naître, que, d'une part, le commerce et l'industrie sont délivrés de leur ancienne organisation juridique, à savoir le corporatisme, et, d'autre part, ces activités économiques privées sont et doivent être protégées contre les interventions administratives qui ne sont pas justifiées par des motifs d'ordre public. La liberté du commerce et de l'industrie désigne donc avant tout la faculté d'entrer dans le marché et de s'engager dans l'industrie sans intervention préalable d'une autorité administrative.[80]

Dans le cadre de la présente analyse, la liberté du commerce et de l'industrie doit nécessairement être comprise dans sa signification large pour inclure les libertés connexes précitées sans lesquelles les développements seraient incomplets.

A partir de là, étudier le périmètre de la liberté du commerce à travers les avis du Conseil d'Etat du Luxembourg en passant par la jurisprudence du juge constitutionnel nécessite de préciser les fondements juridiques et les valeurs respectives de cette liberté principalement en droit luxembourgeois, et accessoirement en droit belge et français. Le fondement juridique européen est également brièvement esquissé.

---

80 Voir Antonis Manitakis, *op. cit.*, p. 25.

B) *Fondement et valeur*

1. *En droit luxembourgeois*

a) Une garantie constitutionnelle …

La liberté du commerce et de l'industrie constitue au Luxembourg une garantie constitutionnelle[81]. L'article 11, paragraphe 6 de la Constitution du 17 octobre 1868 telle que modifiée dispose que «La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi».[82]

Cette disposition a été inscrite dans la Constitution luxembourgeoise lors de sa révision du 21 mai 1948[83] sur proposition du Conseil d'Etat, pour éviter toute controverse au sujet de l'article 11, paragraphe 4[84] concernant la protection du travail. Elle y figure comme garantie constitutionnelle au sein du «Chapitre II. – Des libertés publiques et des droits fondamentaux».

En effet, le Conseil d'Etat observait dans son avis du 28 mars 1948 sur le projet de loi portant révision de la Constitution[85] que «la notion de travail est susceptible d'interprétations diverses, suivant qu'on la considère au sens général d'une occupation de l'homme, quelle qu'elle soit, ou au sens spécifique de l'occupation salariée. Si la Constitution doit à l'avenir garantir le droit au travail, il n'est pas certain que la garantie ainsi formulée porte sur l'une ou l'autre notion.»[86] Selon le commentaire de Pierre Majerus, «en vertu du texte adopté par les constituants de 1948, la Constitution ne protège pas seulement le travail salarié, mais d'une façon générale toute occupation de l'homme, le commerce, l'industrie, la profession libérale et le travail

---

81 Selon Pierre Majerus, on les appelle parfois également: droits publics, libertés naturelles, libertés publiques ou libertés constitutionnelles, *in* Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif, quatrième édition, complétée et mise à jour par Marcel Majerus, Imprimerie Saint-Paul, Luxembourg, 1977.

82 Constitution du Luxembourg, article 11, paragraphe 6, alinéa 1er depuis la révision constitutionnelle du 29 mars 2007 portant 1. révision des paragraphes (1), (3), (4), (5) et (6), alinéa 1er de l'article 11 de la Constitution; 2. création d'un article 11bis nouveau de la Constitution (Mémorial A n° 48 du 30 mars 2007, p. 841); doc. parl. *n° 3923C*. Ancien libellé: «La loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif».

83 Mémorial A n° 35 du 29 mai 1948, p. 797.

84 «La loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit.»

85 Doc. parl. *n° 18* (158), in Compte rendu 1947-1948.

86 Avis du Conseil d'Etat du 28 mars 1948 sur le projet de loi portant révision de la Constitution, cité *in* Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif, quatrième édition, complétée et mise à jour par Marcel Majerus, Imprimerie Saint-Paul, Luxembourg, 1977, p. 107.

agricole».[87] L'auteur ajoute qu' «il est vrai qu'en cette dernière matière, la Constitution réserve au pouvoir législatif la faculté d'établir éventuellement certaines restrictions. Toujours est-il que l'interventionnisme de l'Etat subira un frein sérieux du fait que la vie économique sera désormais une matière réservée à la loi et ne sera plus susceptible d'être réglementée directement par le pouvoir exécutif, en vertu d'une habilitation générale.»[88]

Tenant compte de l'évolution sociale, la révision constitutionnelle de 1948 a ainsi apporté une importante innovation au chapitre des droits des Luxembourgeois, en plaçant sous la garantie constitutionnelle le droit au travail et la liberté du commerce et de l'industrie, à côté de la protection de la famille, de la sécurité sociale et des libertés syndicales.

La révision constitutionnelle du 19 novembre 2004[89] a complété l'article 11, paragraphe 6 par deux alinéas supplémentaires traitant du pouvoir normatif des organes professionnels mis en place dans le secteur économique des activités libérales et libellés comme suit:

> «En matière d'exercice de la profession libérale, elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.
>
> La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs».

Ces alinéas ont été insérés comme réaction à l'arrêt n° 17/03 du 7 mars 2003 rendu par la Cour constitutionnelle[90] et «pouvant être interprété comme mettant au ban le fait par une loi d'investir une représentation professionnelle d'un pouvoir normatif autonome en matière de détermination de règles professionnelles. C'est plus précisément l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat[91] qui s'était trouvé dans le collimateur de la haute juridiction. Celle-ci avait jugé cet article

---

87 *Ibidem.*

88 *Ibidem.*

89 Loi du 19 novembre 2004 portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution (Mémorial A n° 186 du 25 novembre 2004, p. 2783); voir doc. parl. *n° 4754*.

90 Cour constitutionnelle, arrêt n° 17/03 du 7 mars 2003 (Mémorial A n° 41 du 2 avril 2003, p. 656).

91 «**Art. 19.** Le Conseil de l'ordre peut arrêter des règlements d'ordre intérieur qui déterminent les règles professionnelles, relatives notamment 1. à la déontologie entre avocats et à l'égard des clients et des tiers; 2. au secret professionnel; 3. aux honoraires et frais; 4. à l'information du public concernant les avocats et leur activité professionnelle; 5. à la protection des intérêts des clients et des tiers; les règlements y relatifs peuvent prévoir des mesures d'assurance individuelle ou collective facultatives ou obligatoires ainsi que les prescriptions concernant la conservation des fonds de tiers.»

contraire à l'article 36 de la Constitution en ce qu'il délègue l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc»[92].[93]

Face à cette jurisprudence, le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 mars 2004 sur la proposition de révision de l'article 36 de la Constitution, estima qu'il s'imposait «de consacrer dans la Constitution, au profit des organes des professions dites réglementées, le pouvoir d'organiser l'exercice de la profession et d'émettre des règles contraignantes pour les membres tant dans leurs rapports mutuels que dans leurs relations avec des tiers». Il prit soin d'ajouter que «[la] réglementation de l'accès auxdites professions doit évidemment rester réservée à la loi, dans la stricte conformité de l'article 11 de la Constitution».[94]

Notons que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie existait certes déjà avant 1948 en droit luxembourgeois. En effet, après la Révolution française de 1789, le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 précité, qui était également applicable au Luxembourg après l'occupation par les troupes françaises, mit fin à la liberté d'association professionnelle pour instaurer, en matière de négoce et de métier, le régime de la liberté individuelle, règle qui toutefois était tempérée par l'obligation d'acquérir une patente et par celle de se conformer aux règlements de police régissant les différents secteurs.[95]

D'après le Conseil d'Etat, le décret d'Allarde «pose le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, avec son corollaire, la libre concurrence. L'article 7 de cette loi dispose en effet qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon. Cette liberté se présente comme une conséquence de la liberté individuelle. Toute personne peut exercer à sa guise tel commerce de son choix ou en assurer librement le fonctionnement et le

---

92 L'article 18, alinéa 2, de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice de la profession de médecin, médecin dentiste et de médecin-vétérinaire allait d'ailleurs subir le même sort. Il est renvoyé à cet égard à l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2 et s.) dans lequel la Cour constitutionnelle a statué par rapport au code de déontologie édicté par le Collège médical sur une base habilitante jugée anticonstitutionnelle.

93 Cité *in* Le Conseil d'Etat, Gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, Luxembourg, 2006, p. 68.

94 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 mars 2004, doc. parl. *n° 4754⁵*, cité *in* Le Conseil d'Etat, Gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, *op. cit.*

95 Projet de loi fixant les conditions d'exercice de la profession de commerçant, d'artisan, d'industriel, d'architecte et d'ingénieur constructeur, exposé des motifs, doc. parl. *n° 46* (515), session ordinaire 1953-1954. Devenu la loi du 2 juin 1962 déterminant les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions ainsi que celles de la constitution et de la gestion d'entreprises (abrogée par la loi du 28 décembre 1988 1. réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales; 2. modifiant l'article 4 de la loi du 2 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers, à son tour abrogée par la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales).

développement. Le libre accès à la profession est garanti, sans que l'Etat ne s'en mêle»[96].

Cela ne veut pas dire non plus que la liberté du commerce et de l'industrie telle que prévue par la Constitution soit générale ou absolue; des limitations peuvent lui être apportées, à la condition expresse qu'elles soient d'origine législative. La loi met dès lors en œuvre la liberté d'entreprendre en la soumettant à des conditions, voire des limitations ou même des interdictions. Ainsi, elle ne s'exerce que dans les limites fixées par la loi.

b) … non mise en question

Nous jugeons important de le noter dans le cadre de la présente analyse: la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas mise en question dans la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution[97], en cours de procédure.

En effet, l'actuel article 11, paragraphe 6, alinéa 1er de la Constitution est repris mot par mot dans ladite proposition de révision dans son article 35: «La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi.»

La nouveauté est que la disposition ne figure dans la proposition plus au sein du «Chapitre II. – Des libertés publiques et des droits fondamentaux», mais dans une section nouvellement proposée et dénommée «Section 4.– Solidarité et citoyenneté», placée au sein d'un «Chapitre 2.– Des libertés publiques et des droits fondamentaux», dont l'intitulé n'a donc pas changé par rapport à la Constitution en vigueur.

Or, l'intitulé de cette nouvelle section 4 soulève des interrogations. En effet, cette section comporte non seulement des droits sociaux, mais également des droits fondamentaux de la première génération dont la liberté du commerce et de l'industrie et l'exercice de la profession libérale et du travail agricole. Ces droits fondamentaux «classiques» garantissent avant tout des libertés de l'individu vis-à-vis de l'Etat et ne donnent pas droit à des prestations étatiques (par exemple une subvention) ni à une protection vis-à-vis d'autres personnes privées. Etant donné leur caractère libéral, les droits de l'article 35 de la proposition de révision sont au cœur même des droits de la première génération et remontent à l'époque à laquelle a été instituée la liberté de

96 Avis du Conseil d'Etat du 29 novembre 1957 sur le projet de loi fixant les conditions d'exercice de certaines professions (doc. parl. *n° 61* (515)); voir pour les préactes: compte rendu 1953-1954, annexes 714-724, compte rendu 1956-1957, annexes 515-550.

97 Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, déposée à la Chambre des députés le 21 avril 2009 (doc. parl. *n° 6030*).



l'industrie et du commerce, telle qu'elle fut pour la première fois garantie par le fameux décret d'Allarde de 1791. La solution pour éviter cette incohérence serait d'élargir l'intitulé de la section 4 et de l'appeler «droits économiques et sociaux».[98]

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution[99], propose de maintenir ces libertés sous la section 2 relative aux «libertés publiques», tout en adaptant le libellé afin de souligner que c'est bien la «liberté de l'exercice de la profession libérale» et de l'«exercice de l'activité agricole» (et non pas du «travail agricole») qui est garantie.

2. *En droit belge*

a) Le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791

Jusqu'au 12 décembre 2013, date d'entrée de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code belge de droit économique[100], le principe de la liberté du commerce et de l'industrie était garanti en Belgique par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 précité qui a valeur législative. A la suite de l'annexion des provinces belges, ainsi que des principautés de Liège et de Stavelot à la France, la disposition en question fut en effet incorporée dans le droit belge en 1795. L'article 7 du décret était repris dans le Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique[101] et publié dans la Pasinomie[102]. Le principe n'avait à l'origine que la valeur d'une loi ordinaire, si bien que, dans la Belgique unitaire de l'époque, il n'était pas possible de vérifier que la législation était conforme à ce principe. Les lois qui suivirent pouvaient toujours déroger à ce principe. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi précitée du 28 février 2013, le juge belge s'est référé constamment à cette loi pour confirmer la persistance de la valeur législative de cette liberté.

---

98 Voir *Achim Seifert*, *Les droits sociaux dans la proposition de révision constitutionnelle, in* La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat, Editions Larcier Bruxelles, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, 2010.

99 Doc. parl. *n° 6030*[6].

100 Voir également: Projet de loi introduisant le Code de droit économique, doc. Chambre des représentants: 2012-2013, n° 53-2543/001; doc. du Sénat: 5-1943 - 2012/2013.

101 Tome I, p. 63.

102 Pasinomie, 1790-1791, t. II, p. 230, op cit.

Le Constituant belge n'a pas reconnu la liberté du commerce et de l'industrie comme telle, mais l'article 23, alinéa 3, point 1° de la Constitution[103] reconnaît le libre accès à la profession en général.

Notons cependant que deux propositions de révision récentes de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution ont été déposées au Sénat en 2006 et 2007 en vue de compléter cet article par un point 6º garantissant la liberté du commerce et d'industrie. Ces propositions sont restées sans suite.[104]

b) La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles

A la suite de la «deuxième» réforme de l'Etat belge en 1980, la liberté du commerce et de l'industrie fut explicitement consacrée dans la législation belge comme l'un des principes dont les régions doivent tenir compte dans l'exercice de leurs compétences en matière économique.

L'article 6, point VI de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles[105] telle que modifiée dispose qu'«en matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux».

Selon la doctrine, la liberté du commerce et de l'industrie peut être considérée comme une véritable maxime du droit économique.[106]

---

103 Constitution belge:

«**Art. 23.** Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment: 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective; …»

104 Propositions de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 6º garantissant la liberté de commerce et d'industrie, déposées respectivement le 21 novembre 2006 par Mme Stéphanie Anseeuw et consorts (doc. législatif *n° 3-1930/1*) et le 18 octobre 2007 par MM. Paul Wille et Jean-Jacques De Gucht et Mme Nele Lijnen (doc. législatif *n° 4-311/1*), dossiers sans suite et clôturés respectivement le 2 mai 2007 et le 7 mai 2010.

105 Moniteur belge du 15 août 1980, n° 1980080801, p. 9434.

106 Peeters, B., «Grondslagen Decreet d'Allarde», in OHER, fascicule 3 (avril 1991), p. 4, cité *in* Propositions de révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, *op. cit.*

c) La loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique[107]

Récemment, le législateur fédéral belge a adopté la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique[108]. Dans une première phase, le législateur a adopté trois des dix-sept livres prévus: le Livre II contenant les principes généraux, le Livre VIII sur la qualité des produits et services ainsi que les définitions correspondantes, au Livre Ier. Les quatorze autres livres[109] seront adoptés au fur et à mesure par le biais de lois modificatives de la loi actuelle du 28 février 2013. D'après les travaux préparatoires, l'objectif poursuivi est de rassembler et d'actualiser la législation existante afin de promouvoir sa consultation et son application. Il ne s'agit pas d'une simple codification, mais bien d'une réforme approfondie.

La loi est entrée en vigueur le 12 décembre 2013. Son article 3 dispose que «Le décret du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente est abrogé». Le cadre légal belge en la matière est dorénavant le suivant:

«LIVRE II. – Principes généraux

Titre 1er. – Champ d'application

Art. II. 1er. Sous réserve de l'application des traités internationaux, du droit de l'Union européenne ou de législations particulières, le présent Code contient les dispositions générales applicables aux matières économiques qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale.

Titre 2. – Objectifs

Art. II. 2. Le présent Code vise à garantir la liberté d'entreprendre, la loyauté des transactions économiques et à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs.

Titre 3. – Liberté d'entreprendre

Art. II. 3. Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix.

---

107 Voir également: Projet de loi introduisant le Code de droit économique, doc. Chambre des représentants: 2012-2013, n° 53-2543/001; doc. du Sénat: 5-1943 – 2012/2013.

108 Moniteur belge du 29 mars 2013, n° 201319975, p. 19975.

109 Livre III. – Liberté d'établissement, de prestation de service et obligations générales des entreprises; Livre IV. – Protection de la concurrence; Livre V. – Concurrence et évolution des prix; Livre VI. – Pratiques du marché et protection du consommateur; Livre VII. – Protection du consommateur de services financiers et instruments; Livre IX. – Sécurité des produits et services; Livre X. – Contrats économiques; Livre XI. – Propriété intellectuelle; Livre XII. – Droit de l'économie électronique; Livre XIII. – Mécanismes de concertation; Livre XIV. – Mesures de gestion de crise; Livre XVI. – Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation; Livre XVII. – Procédures juridiques particulières.

Art. II. 4. La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives.»

3. *En droit français*

La Constitution française du 4 octobre 1958 telle que modifiée ne consacre ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni la liberté d'entreprendre[110]. La doctrine juridique et la jurisprudence française ont longtemps considéré la liberté du commerce et de l'industrie comme un principe général du droit, déduit soit du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 précité, soit du préambule de la Constitution de 1958 précitée[111].

Issue du décret d'Allarde, la liberté du commerce et de l'industrie a en France des liens très étroits avec la liberté d'entreprendre. Selon le professeur Mestre, elle est en quelque sorte le prolongement[112], la conséquence ou encore la manifestation concrète de la liberté d'entreprendre. C'est parce que les citoyens sont libres de choisir leur activité professionnelle et de l'exercer, qu'ils peuvent créer une entreprise dans les secteurs de l'activité économique et en tous lieux et, ce faisant, porter la concurrence au sein de ceux-ci. La libre concurrence et sa protection est un élément essentiel de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette dernière comprenant le droit pour tout individu de créer une entreprise dans tous les secteurs de l'économie nationale et sur tout le territoire et de concurrencer toute autre entreprise, elle implique que soient prohibées les entraves à la libre concurrence.[113]

---

110 Dans l'histoire constitutionnelle de la France, seule la Constitution de la IIe République du 4 novembre 1848 disposait dans son article 13 que «La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie».

111 «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique».

112 Jean-Louis Mestre, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété*, Dalloz, chronique, p. 1 à 4, 1984.

113 Christophe Lajoye, *De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, CRDF, n° 1, 2002.



La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas non plus proclamée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789[114] qui a valeur constitutionnelle en France depuis 1971[115], même si, comme la liberté d'entreprendre, elle transparaît dans ce texte, notamment des articles 4[116] et 5[117] qui cherchent à définir et à circonscrire la liberté, limitée seulement par la loi et définie par «tout ce qui ne nuit pas à autrui». De plus, cette liberté fait partie des grandes libertés reconnues dans la tradition constitutionnelle française.[118]

Finalement, le Conseil constitutionnel de France a franchi le pas pour reconnaître valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre dans sa fameuse décision du 16 janvier 1982[119] relative à la loi de nationalisation. Sur le fondement des articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 précitée, le juge constitutionnel français a déduit la liberté d'entreprendre du droit de propriété en rappelant que «la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives

---

114 Si elle n'est pas mentionnée explicitement dans le texte même, l'examen des nombreux projets de déclarations qui ont été faits avant l'adoption de la Déclaration définitive indique que la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie sont malgré tout considérées comme des droits de l'homme essentiels. Ainsi les retrouve-t-on par exemple chez Condorcet et chez Sieyès, pour qui «Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qu'il lui plaît, et comme il lui plaît; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros et en détail». En réalité, il semblerait que, pressée par la nécessité d'élaborer rapidement la Déclaration des droits de l'homme, l'Assemblée constituante n'a pas eu le temps de se prononcer sur cette liberté. Ce sera le célèbre décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 qui proclamera que «la faculté de travailler est un des premiers droits de l'homme» (Archives parlementaires, 1ère série, T 27, p. 219), cité *in* Valérie Ogier-Bernaud, *La protection des droits et libertés fondamentaux en France*, cours publié sur le site de l'Université populaire d'Avignon: www.upavignon.org/archive/telechargements/cours/UPA-Ogier4.pdf.

115 Conseil constitutionnel de France, décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 («Liberté d'association») et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, qui l'ont intégrée dans le bloc de constitutionnalité en raison de la référence faite à la Déclaration dans le préambule de la Constitution de la Ve République de 1958.

116 «**Art. 4.** La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.»

117 «**Art. 5.** La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.»

118 Voir également: Emmanuel-Joseph Sieyès, *Déclaration des droits du citoyen français, détachée du Préliminaire de la Constitution:* «Article VI. – Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux, ainsi qu'il le juge bon et utile pour lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît, et comme il lui plaît; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros ou en détail». C'est pourquoi lorsque d'Allarde propose de consacrer la liberté du commerce et de l'industrie à travers l'établissement de la patente, il indique clairement «vous êtes sans doute frappés de la simplicité de ce plan; il est une suite de vos principes; tout est respecté dans ce système, la propriété du citoyen et surtout sa liberté, la dignité de l'homme», Archives parlementaires de 1787 à 1860, p. 260.

119 Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

étaient apportées à la liberté d'entreprendre»[120]. Depuis, cette position a été confirmée à de multiples reprises par le juge[121] et approuvée par la doctrine[122], même si, au début, elle a été fortement critiquée[123].

4. *En droit supranational*

Par droit supranational, nous entendons dans le cadre de la présente étude le droit européen. Ni la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[124], ni *a fortiori* la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne comportent une référence à la liberté du commerce et de l'industrie ou à celle d'entreprendre.

Par contre, le principe du libre exercice d'une activité professionnelle, principe corollaire de celui de la liberté du commerce et de l'industrie, a été affirmé par le droit de l'Union européenne. Il se trouve en effet implicitement consacré à travers les dispositions consacrant la liberté de circulation des marchandises[125], des personnes[126], des services[127], ainsi que la liberté d'accès aux activités non salariées et la liberté d'établissement[128].[129]

Au demeurant, ce principe découle directement de la conception libérale de l'activité économique qui imprègne depuis l'origine l'ensemble du droit originaire de l'Union européenne: traité de Rome, Acte unique européen, traité de Maastricht, traité d'Amsterdam, traité de Nice et traité de Lisbonne.

---

120 Considérant 16.

121 Voir Conseil constitutionnel, décisions n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, n° 98-401 DC du 10 juin 1998, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001 et n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

122 Jean-Louis Mestre, *Le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, op. cit.*: «La liberté d'entreprendre semble avoir été constamment évoquée au cours des débats de l'Assemblée Nationale Constituante avant l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen».

123 Robert Savy, *La Constitution des juges*, Dalloz, 1983, chronique 105: «En reconnaissant la liberté d'entreprendre comme règle à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a choisi une lecture libérale. Ce faisant, (…), il s'est fait constituant, il s'est érigé en souverain», il s'est refusé «à prendre acte de l'absence de toute référence à la liberté d'entreprendre dans la Déclaration de 1789».

124 Signée à Rome, le 4 novembre 1950.

125 Articles 34 et 35 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

126 Articles 45 à 48 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

127 Articles 56 à 62 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

128 Articles 49 à 55 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

129 Joël Cavallini, *Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe*, in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007; voir également Didier Ferrier, *La liberté du commerce et de l'industrie*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz, 18e édition, 2012.

L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000[130], telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg[131], reconnaît explicitement la liberté d'entreprendre: «La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales».

Rappelons que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend dans un texte unique, pour la première fois dans l'histoire de l'Union européenne, l'ensemble des droits civiques et sociaux des citoyens européens ainsi que de toutes personnes vivant sur le territoire de l'Union. Aux termes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans ladite Charte en lui conférant la même valeur juridique que les traités de l'Union européenne. La Charte des droits fondamentaux a donc acquis une force juridique contraignante avec le traité de Lisbonne.

La Cour de justice de l'Union européenne se réfère également au «libre exercice des activités économiques»[132], au «libre exercice du commerce»[133] et à la «libre entreprise»[134].

---

130 Proclamée une première fois à Nice le 7 décembre 2000, puis officiellement adoptée dans sa version définitive par les présidents de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne le 12 décembre 2007.

131 Charte publiée au Journal officiel de l'Union européenne, C 303 du 14 décembre 2007.

132 Cour de justice de l'Union européenne, *Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau*, 11 juillet 1989, Affaire 265/87: «Tant le droit de propriété que le libre exercice des activités professionnelles font partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect. Ces principes n'apparaissent toutefois pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété et au libre exercice d'une activité professionnelle, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis»; voir également: Cour de justice de l'Union européenne, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG contre Hauptzollamt Itzehoe* et *Zuckerfabrik Soest GmbH contre Hauptzollamt Paderborn*, Affaires jointes C-143/88 et C-92/89, cons. 73.

133 Cour de justice de l'Union européenne, 14 mai 1974, *Nold*, Affaire 4-73, cons. 14: «Une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les États membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés. Pour cette raison, les droits de cet ordre ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'intérêt public. Dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits. En ce qui concerne les garanties conférées à l'entreprise en particulier, on ne saurait en aucun cas étendre celles-ci à la protection de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique ».

134 Cour de justice de l'Union européenne, 22 avril 1999, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Affaire C-161/97 P.

III. Application jurisprudentielle de la liberté du commerce et de l'industrie par la Cour constitutionnelle[135]

L'intervention du juge constitutionnel de Luxembourg en la matière a été, à ce jour, surtout en relation avec le pouvoir réglementaire du Grand-Duc. Dans d'autres cas d'espèce, le juge constitutionnel est intervenu pour constater les limites à la restriction de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que pour rechercher un régime d'équilibre entre cette liberté et la norme «incriminée».

a) *La réserve constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie et le pouvoir réglementaire du Grand-Duc: arrêts n°s 15/03 du 3 janvier 2003 et 18/03 du 21 novembre 2003*

Les arrêts sous objet peuvent être regroupés en raison de leur identité des problèmes juridiques et des solutions y apportées par le juge constitutionnel.

Dans l'arrêt n° 15/03 du 3 janvier 2003[136], la loi modifiée du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur[137] renvoyait, en son article 4, à un règlement grand-ducal qui devait définir, dans chaque discipline, les critères généraux afin que les diplômes étrangers puissent être homologués. Un docteur en stomatologie qui a étudié en Roumanie s'était vu refuser sur base du règlement grand-ducal d'exécution de la loi précisée, à savoir le règlement grand-ducal du 27 octobre 2006 pris en exécution de l'article 4 de la loi modifiée du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur[138], l'homologation de son diplôme roumain, au motif que la personne en question n'avait pas suivi un certain nombre de matières déclarées obligatoires dans le règlement précité.

Dans l'arrêt n° 18/03 du 21 novembre 2003[139] était en cause l'article 7 de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé[140], selon lequel «un règlement grand-ducal détermine le statut, les attributions et les règles d'exercice de ces professions». Le problème juridique de l'affaire portée devant le juge constitutionnel se présentait comme suit: une infirmière qui exerçait des soins à domicile en équipe et qui exerçait son métier sous le statut d'in-

135 Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle (Mémorial A n° 58 du 13 août 1997, p. 1724).

136 Arrêt n° 15/03 du 3 janvier 2003 (Mémorial A n° 7 du 23 janvier 2003, p. 89); à rapprocher également de l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2).

137 Mémorial A n° 27 du 21 juin 1969, p. 796.

138 Mémorial A n° 195 du 15 novembre 2006, p. 3383.

139 Arrêt n° 18/03 du 21 novembre 2003 (Mémorial A n° 174 du 9 décembre 2003, p. 3384).

140 Mémorial A n° 83 du 6 mai 2011, p. 1286 (texte coordonné).

dépendant demandait l'annulation du règlement grand-ducal du 25 juillet 2002 portant sur l'exercice de la profession d'aide-soignant[141] devant le tribunal administratif au motif de son inconstitutionnalité, le règlement ayant à la fois été pris dans le domaine de la protection de la santé comme de celui de l'exercice des activités libérales.

Dans les deux affaires portées devant le juge, le règlement grand-ducal en question intervenait dans une matière réservée à la loi par la Constitution, à savoir la liberté du commerce dont l'exercice est, aux termes de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, garanti, «sauf les restrictions à établir par la loi».

Une caractéristique commune est que, dans les deux arrêts, le règlement grand-ducal litigieux intervenait sur base d'une habilitation législative. Dans les deux cas, deux atteintes aux libertés publiques étaient critiquées en même temps: atteintes à l'exercice des professions libérales et à la liberté d'enseignement pour l'arrêt n° 15/03 et atteintes à l'exercice des professions libérales et à la protection de la santé pour l'arrêt n° 18/03.

La solution de la Cour constitutionnelle se présente comme suit: «l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail».

En ce qui concerne plus particulièrement le pouvoir réglementaire du Grand-Duc, l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution soumet ce pouvoir dans les matières visées à l'existence d'une disposition législative formelle, spécifiant les cas, les conditions et les modalités dans lesquels un règlement grand-ducal peut être pris: «Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi».

Si l'arrêt n° 18/03 recourt certes à une terminologie quelque peu différente (la réserve constitutionnelle «ne met pas obstacle aux habilitations plus spécifiques»), la portée de cet arrêt reste la même, la Cour constitutionnelle y faisant également la distinction entre, d'une part, les règles générales à définir obligatoirement dans la loi, et, d'autre part, le traitement des questions de détail que la loi peut confier au règlement grand-ducal. Les conséquences que la Cour tire de sa jurisprudence sont que, dans le cas de l'homologation des titres (arrêt n° 15/03), la loi est contraire à la Constitution, en ce sens que les critères généraux en matière d'homologation des titres étrangers (durée minimale des études, étendue et nature des matières étudiées) auraient du moins en partie été confiés par la loi au règlement, alors qu'en matière des professions de santé

141 Mémorial A n° 81 du 1er août 2002, p. 1713.

(arrêt n° 18/03), la loi est constitutionnelle parce qu'elle a fixé seule les «critères généraux».

Il en résulte qu'il est désormais interdit au législateur de se contenter de poser des principes généraux en laissant au pouvoir réglementaire le soin de préciser l'essentiel du régime juridique. Idéalement, la loi devrait dans ces domaines tout régler directement elle-même. Mais si cela n'est pas possible en pratique, le législateur respecte le caractère attributif des compétences arrêtées dans la Constitution, s'il pose au moins les règles primaires tout en indiquant qu'un règlement grand-ducal a été habilité pour établir les règles secondaires. La marge d'intervention du règlement est donc tout à fait limitée: non seulement il ne saurait altérer les règles posées par la loi, comme en matière de règlement complémentaire d'exécution de la loi, mais en outre ne saurait-il participer en quelque manière que ce soit à la fixation des éléments déterminants de la volonté législative. Dans les matières réservées, le pouvoir réglementaire n'intervient que lorsque le législateur le veut bien, sur invitation expresse de sa part de s'associer à l'acte créateur de la règle juridique. Mais à la différence des autres domaines où le législateur peut abandonner toute la réglementation à l'exécutif, le règlement grand-ducal, dans les matières réservées, ne peut être chargé de fixer lui-même l'ensemble des règles juridiques en question, ni poser le moindre principe et régler quelque modalité substantielle que ce soit de la matière[142]. En somme, dans les matières réservées, la loi doit être suffisamment précise et complète, inclure toutes les dispositions de premier rang, le règlement grand-ducal ne concernant que des mesures de portée limitée nettement circonscrites, tant par leur champ d'application que par leur contenu.[143]

b) *Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans une matière réservée à la loi: arrêts n°s 38/07 du 2 mars 2007 et 108/13 du 29 novembre 2013*

Les arrêts exposés sous le point a) concernent explicitement la réserve constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie. Par la suite, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a encore évolué en ce qui concerne le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans une matière réservée. En effet, la Cour a rendu deux autres arrêts

---

142 En ce sens déjà: avis du Conseil d'Etat du 15 janvier 1946 sur le projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement: compte rendu de la Chambre, 1945-1946, annexes, p. 95; voir également Félix Welter, Discours prononcé à la séance commémorative du centenaire de l'institution du Conseil d'Etat le 7 novembre 1956, *in* Livre jubilaire du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, 1957, p. 67.

143 Voir Jörg Gerkrath, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007*, Pasicrisie luxembourgeoise, 2008.

importants. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt no 38/07 du 2 mars 2007[144] dit «alcopops», dans lequel elle s'est prononcée de manière identique, sauf que la matière réservée constituait en l'occurrence la matière fiscale au sens de l'article 99 de la Constitution. Le considérant de principe qui suit peut s'appliquer à toutes les matières réservées: «L'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve. Il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail».

Ensuite, et surtout, la Cour constitutionnelle a rendu un important arrêt n° 108/13 le 29 novembre 2013[145] sur le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans la matière réservée énoncée à l'article 96 de la Constitution selon lequel «Tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi». Dans cet arrêt, la Cour a encore renforcé sa position en jugeant que, concernant le pouvoir réglementaire du Grand-Duc, l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution soumet ce pouvoir dans les matières réservées à l'existence d'une disposition législative formelle, spécifiant les cas, les conditions et les modalités dans lesquels un règlement grand-ducal peut être pris. La Cour constitutionnelle en déduit que «dans les matières réservées par la loi fondamentale à la loi, l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc.»

c) *Les limites des restrictions à la liberté du commerce: arrêt n° 46/08 du 26 septembre 2008*

La Cour administrative de Luxembourg, dans un arrêt du 13 mars 2008[146], a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante: «Les articles 5 et 10 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, pris plus particulièrement en leurs alinéas 3 respectifs, considérés isolément, sinon en combinaison, sont-ils conformes aux dispositions des articles 10bis, 11(6), 11*bis* alinéa 1er et 16 de la Constitution, dispositions entrevues suivant leur libellé actuel?»

---

144 Cour constitutionnelle, arrêt 38/07 du 2 mars 2007, Mémorial A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742; dans le même sens, voir aussi: Tribunal administratif, 22 avril 2003, n° 15541; Tribunal administratif, 22 avril 2003, n° 15544; Cour administrative, 8 janvier 2009, n° 24794C; Tribunal administratif, 7 janvier 2009, n° 24894; Cour administrative, 15 juin 2010, n° 26644C.

145 Cour constitutionnelle, arrêt 108/13 du 29 novembre 2013 (Mém. A n° 217 du 13 décembre 2013, p. 3886).

146 Cour administrative, 13 mars 2008, n° 23251C du rôle.

Les faits de l'espèce se résument comme suit. Une société commerciale, qui dispose de bureaux dans un immeuble situé en zone verte, avait sollicité auprès du ministre de l'Environnement l'autorisation de transformer et d'agrandir ledit immeuble. Le ministre avait refusé l'autorisation sollicitée au motif que les travaux projetés ne s'inscrivaient pas dans l'une des catégories de constructions servant à l'exploitation agricole ou similaire prévues par les articles afférents de la loi de 2004 précitée. Dans son susdit arrêt, la Cour administrative, après avoir rappelé qu'en vertu de l'article 5, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 janvier 2004 précitée, seules peuvent être érigées en zone verte, sur autorisation du ministre de l'Environnement, des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole ou cynégétique ou à un but d'utilité publique et qu'aux termes de l'article 10, alinéa 3 de la même loi, les constructions existantes dans la zone verte ne peuvent être modifiées extérieurement, agrandies ou reconstruites qu'avec l'autorisation du ministre, a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle précitée.

En ce qui concerne le volet de la restriction à la liberté du commerce et de l'industrie au sens de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 46/08 du 26 septembre 2008[147], a retenu que «s'il est vrai que la loi peut apporter des restrictions au libre exercice du commerce et de l'industrie, elle ne peut pas en restreindre l'exercice à tel point que les activités commerciales ou industrielles seraient effectivement ou pratiquement impossibles à exercer». La Cour ajoute qu'«en prohibant les constructions d'immeubles pouvant servir à des fins d'exploitation commerciale ou industrielle dans des zones définies qui ne couvrent pas l'ensemble du territoire et dont l'institution est soumise à des procédures d'élaboration qui associent les personnes concernées et qui sont sujettes à un contrôle juridictionnel, les dispositions visées par la question préjudicielle ne contreviennent pas à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution».

d) *A la recherche d'un régime d'équilibre entre la liberté du commerce et de l'industrie et la norme «incriminée»: arrêts n°s 55/10 et 56/10 du 26 mars 2010*

Par ordonnance du 12 novembre 2009, la Cour d'appel, saisie d'un appel dirigé contre une ordonnance du tribunal du travail de Luxembourg du 22 juillet 2009 ayant déclaré nul et de nul effet le licenciement d'un salarié, délégué à la sécurité et attaché à la délégation du personnel auprès de la société appelante, intervenu le 25 mars 2009, et ordonnant son maintien au sein de la société, a déféré à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante: «L'article L. 415-11(1) du Code du travail en ce qu'il interdit à l'employeur de licencier le délégué du personnel durant son

147 Cour constitutionnelle, arrêt 46/08 du 26 septembre 2008 (Mémorial A n° 154 du 15 octobre 2008, p. 2196).

mandat, le mettant ainsi à l'abri de toute mesure de réduction du personnel notamment en cas de suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle il est affecté, est-il conforme à l'article 11(6) de la Constitution garantissant la liberté du commerce et de l'industrie?».[148]

La Cour constitutionnelle répond à cette question préjudicielle dans ses arrêts nos 55/10 et 56/10 du 26 mars 2010[149]. Selon la Cour, la question posée se résout au point de savoir si cet équilibre se trouve rompu du fait de la protection contre le licenciement prévue dans le chef d'un délégué du personnel dans les limites de l'article L. 415-11, paragraphe 1er du Code du travail et au regard de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution dans l'hypothèse précise d'une réduction du personnel correspondant à la suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle le délégué était affecté. Dans l'hypothèse ainsi visée où seule une branche d'activité de l'entreprise, fût-elle la branche principale, est supprimée par l'employeur pour des raisons économiques et où il y a dès lors, corrélativement, maintien d'autres activités de l'entreprise avec maintien de salariés autres que les délégués du personnel justifiant la représentation par les délégués, le régime d'équilibre entre la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution et la protection du salarié visée par les paragraphes 4 et 5 ne se trouve pas rompu du fait des dispositions de l'article L. 415-11, paragraphe 1er du Code du travail. La Cour conclut que dès lors, par rapport à la question préjudicielle posée, l'article L. 415-11, paragraphe 1er du Code du travail n'est pas contraire à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution.

IV. La liberté du commerce et de l'industrie dans les avis du Conseil d'Etat du Luxembourg

«S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le

148 L'article L. 415-11, paragraphe 1er du Code du travail dispose que «Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel, le/la délégué-e à l'égalité et le/la délégué-e à la sécurité ne peuvent être licencié-e-s; le licenciement notifié par l'employeur à un de ces délégués ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable sont nuls et sans effet. Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, ou le cas échéant, sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L. 124-12. L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat présidant la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées».

149 Cour constitutionnelle, arrêts nos 5/10 et 56/10 du 26 mars 2010 (Mémorial A n° 58 du 16 avril 2010, p. 1012 et 1014).

Conseil d'Etat en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure». Voilà la mission première du Conseil d'Etat du Luxembourg telle qu'elle résulte de l'article 2, paragraphe 2 de la loi organique du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat[150].

En tant que gardien de la Constitution et des libertés fondamentales, le Conseil d'Etat exerce donc un contrôle de constitutionnalité *a priori*, alors que le contrôle *ex post* revient à la Cour constitutionnelle qui est saisie, à titre préjudiciel, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois par rapport à la Loi fondamentale, au sens de l'article 95*ter*, paragraphe 2 de la Constitution[151] et par application de sa loi organique[152].

Quant à la liberté du commerce, le Conseil d'Etat en est un défenseur virulent, surtout quand il s'agit d'y apporter des restrictions qui sont érigées, rappelons-le, en matière réservée à la loi.

Nous verrons que le périmètre de la liberté du commerce à travers les avis du Conseil d'Etat est large, comme ce dernier défend la garantie constitutionnelle et les restrictions que le législateur et/ou le Gouvernement pourrait y apporter selon une approche pragmatique et dans un esprit libéral. L'étude des arrêts démontre que ce périmètre inclut dans le commerce toute activité commerciale qui peut, d'une manière directe ou indirecte, être exercée sur le marché de la libre concurrence, en dehors de toute intervention étatique.

De manière générale, le Conseil d'Etat ne saurait accepter d'expérimenter dans le domaine des libertés fondamentales, comme il a pu le rappeler dans son avis complémentaire du 2 mars 2004 sur le projet de loi modifiant la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique[153], et dont les propos sont valables de manière transversale sur l'ensemble de la présente analyse: «il [le Conseil d'Etat] ne saurait se déclarer d'accord avec l'approche des auteurs des amendements de faire du commerce électronique une sorte de laboratoire-test: le domaine des libertés publiques et des droits fondamentaux (égalité devant la loi, liberté du commerce et de l'industrie) ne se prête assurément guère à l'institution de projets-pilotes axés sur une approche sélective, (…)».

---

150 Mémorial A n° 45 du 12 juillet 1996, p. 1319 (doc. parl. *n° 3940*).

151 «(2) La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.»

152 Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle (Mémorial A n° 58 du 13 août 1997, p. 1724; doc. parl. *n° 4218*).

153 Doc. parl. *n° 5095*[4].



Les développements qui suivent analyseront, pour autant que possible, dans un ordre chronologique, une centaine d'avis du Conseil d'Etat depuis la fin des années 1980 à nos jours et qui permettront de se convaincre du rôle imminent du Conseil d'Etat dans la procédure législative et réglementaire quand il s'agit de garantir et de défendre les règles constitutionnelles, et *a fortiori* l'Etat de droit.

Les différents projets de loi relatifs au droit d'établissement sont «classiquement» le terrain d'élection pour le Conseil d'Etat de rappeler les règles fondamentales et le périmètre de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais le droit d'établissement n'est qu'un élément parmi d'autres de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, le Conseil d'Etat, lors de son contrôle *ex ante* de la constitutionnalité des lois et règlements par rapport à la norme suprême, veille surtout à ce que la liberté du commerce soit tout d'abord garantie, et ensuite que les restrictions ou limitations, qui constituent une matière érigée en réserve, soient conformes avec le pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc, au sens de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution qui, dans sa version actuelle, dispose que «Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi». Il s'agit du pouvoir réglementaire d'attribution, par opposition au pouvoir réglementaire d'exécution du Grand-Duc qui est consacré par l'article 36 de la Constitution[154], étendu par l'article 37, alinéa 4[155] de la Constitution aux traités internationaux. Nous jugeons utile de rappeler que l'article 36 de la Constitution confère au Grand-Duc un pouvoir général d'exécution des lois qui lui permet, en l'absence de tout texte légal, de prendre, conformément à l'esprit et à l'objet de la loi, sous réserve des dispositions de l'article 32, paragraphe 3 précitées, des règlements d'exécution qui n'étendent ni ne restreignent la portée de la loi[156].

Quant à la structure, l'étude des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi précédera celle sur les projets de règlements grand-ducaux.

---

154 «Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.»

155 «Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.»

156 Précision apportée par la Cour constitutionnelle depuis une série d'arrêts du 19 mars 2013, n°s 76/13 à 95/13 (Mémorial A n° 54 du 29 mars 2013, p. 681).

A) *Les avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi*

1. *En matière du droit d'établissement*

Sans rappeler les avis historiques du Conseil d'Etat en la matière[157], la présente analyse se limitera à exposer l'analyse ayant abouti au refus de la dispense du second constitutionnel du Conseil d'Etat sur le projet de loi portant modification des articles 2, 12, 22 et 26 de la loi du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement[158], ainsi que les passages clés de l'avis du Conseil d'Etat sur la dernière refonte du droit d'établissement, à savoir l'avis du 15 février 2011 sur le projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales et – portant transposition de certaines dispositions des directives 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles; – modifiant certaines autres dispositions légales; – portant abrogation de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.[159]

Avant de nous lancer dans ces deux avis précités, nous rappelons dans ce contexte que le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 décembre 1997 sur le projet de loi modifiant la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier aux fins de transposer la directive 93/22/CEE «services d'investissement»[160], n'a pas partagé l'approche de la Commission des finances et du budget de la Chambre des députés qui entendait supprimer les recours en réformation contre les décisions administratives prises par l'Institut monétaire luxembourgeois (IML) en matière d'octroi et de retrait d'agrément. Le Conseil d'Etat a estimé, au contraire, que «toute limitation du droit constitutionnel que constitue la liberté de faire le commerce devra non seulement faire l'objet d'une loi, comme c'est le cas en l'espèce, mais les décisions administratives de refus d'octroi et de retrait des autorisations et agréments requis par la loi devraient donner ouverture à des contrôles juridictionnels les plus larges possibles, c'est-à-dire, dans

---

157 Sur ce point, nous renvoyons à l'exposé de Marcel Sauber, *La liberté d'entreprendre dans l'artisanat et le commerce, in* Le Conseil d'Etat face à l'évolution de la société luxembourgeoise, Luxembourg, 2006, p. 339 ss.

158 Doc. parl. *n° 4165*; devenu la loi du 4 novembre 1997 portant modification des articles 2, 12, 22 et 26 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement (Mémorial A n° 88 du 24 novembre 1997, p. 2682).

159 Doc. parl. *n° 6158*[4]; devenu la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (Mémorial A n° 198 du 22 septembre 2011, p. 3602).

160 Doc. parl. *n° 4066*[4]; devenu la loi du 12 mars 1998 modifiant la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier aux fins de transposer la directive 93/22/CEE «services d'investissement» modifiant l'article 113 du Code de Commerce (Mémorial A n° 23 du 25 mars 1998, p. 338).

le cadre du droit administratif luxembourgeois, à un recours en pleine juridiction devant les tribunaux administratifs».

Il s'oppose par conséquent formellement à ces dispositions pour les mêmes raisons que celles qui ont amené le Conseil d'Etat à s'opposer formellement à l'adoption de dispositions similaires dans le cadre des modifications apportées à la loi du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement[161] et où le Conseil d'Etat, dans sa séance publique du 11 juillet 1997, avait décidé de refuser la dispense du second vote constitutionnel[162]. Ce refus, qu'il y a lieu de reproduire dans son intégralité dans la présente analyse, était motivé comme suit:

> «Il convient en effet de rappeler d'abord que la matière du droit d'établissement touche de très près à la liberté de faire le commerce, une liberté garantie par l'article 11(6) de la Constitution. Il s'agit donc d'une matière importante qui relève des libertés publiques.
>
> Le Conseil d'Etat voudrait rappeler que ce fut à l'initiative de la Chambre des députés qu'en matière de droit d'établissement l'article 5 alinéa final de la loi du 2 juin 1962 déterminant les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions ainsi que celles de la constitution et de la gestion d'entreprises contenait finalement une disposition prévoyant un recours en réformation en la matière (voir débats parlementaires du 28 novembre 1961[163]). On a considéré à l'époque «que le Conseil d'Etat ne statuera pas seulement sur une question de légalité, comme c'était le cas jusqu'ici, mais que vraiment il examinera l'affaire sous toutes ses faces et notamment également au regard des faits qui sont à la base, p.ex. du refus d'autorisation».
>
> Depuis la loi précitée de 1962 la matière du droit d'établissement a toujours été considérée comme une des matières-phares devant être soumises au recours en réformation. En effet, les pouvoirs d'appréciation du juge administratif sont bien plus étendus en cas de recours en réformation qu'ils ne le sont en cas de recours en annulation, ce que la commission parlementaire des classes moyennes admet implicitement dans son rapport du 17 juin 1996.
>
> Il va sans dire qu'un pouvoir d'appréciation plus étendu du juge se justifie dans toute matière touchant de près aux libertés constitutionnelles où le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'Administration ne saurait être arbitraire et doit ainsi être soumis au contrôle du juge. Ceci est d'ailleurs d'autant plus le cas si, comme en l'espèce, les critères d'appréciation prévus par la loi ne sont pas d'une précision extrême.

---

161 Projet de loi portant modification des articles 2, 12, 22 et 26 de la loi du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement (doc. parl. *n° 4165*).

162 Doc. parl. *n° 4165*[14].

163 Précision apportée par nos soins: doc. parl. *n° 515*.

> Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet aux développements contenus dans ses avis antérieurs relatifs au projet sous examen.
>
> Il voudrait par ailleurs regretter que la question de principe soulevée dans son avis du 18 mars 1997 quant à la nature du recours à prévoir sur un plan plus général soit restée sans écho dans la suite.
>
> Finalement – et ce point semble essentiel – il ne faut pas perdre de vue que les autorisations en matière de droit d'établissement ne se limitent pas aux seules autorisations touchant les grandes surfaces, mêmes si tel est l'objet de la loi sous avis qui malgré son importance indéniable n'a pas trait au droit d'établissement en général. Or, il faut savoir qu'en 1996, par exemple, le ministère des Classes moyennes a été saisi de 7.519 demandes d'autorisations et que 5.626 agréments furent accordés (chiffres relevés au rapport d'activité 1996 du ministère des Classes moyennes). D'après les informations dont le Conseil d'Etat dispose, 4 seulement de ces demandes ont eu trait à une autorisation en matière de grande surface.
>
> Il résulte qu'en raison du problème des grandes surfaces la situation juridique, c'est-à-dire les droits des administrés, pâtit ce qui ne semble pas acceptable.
>
> S'il est exact que notamment dans son avis du 18 mars 1997 le Conseil d'Etat s'était opposé formellement à voir deux recours de nature différente régir une même matière, il était toutefois parti de l'idée que le recours en réformation était considéré par chacun comme un acquis et qu'en aucun cas ce recours, qui constitue depuis 1962 le droit commun en la matière, ne serait abandonné, ceci d'autant moins qu'on vit à une époque où le législateur tend au contraire à renforcer les droits des administrés.»

Concernant ce projet de loi, le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 mars 1997[164], a encore critiqué les dispositions selon lesquelles il serait dorénavant interdit de façon générale de créer des surfaces commerciales nouvelles d'une surface de vente supérieure à 10.000 m^2 et, à l'intérieur des centres commerciaux, de créer des surfaces pour certaines branches précisées à l'article sous examen de respectivement 4.000 et 3000 m^2. Selon le projet de loi, les limites de ces surfaces de vente «peuvent être adaptées par règlement grand-ducal, sur avis obligatoire du Conseil d'Etat et sur avis conforme de la Commission de travail de la Chambre des députés» [Conférence des présidents actuelle]. Un autre alinéa prévoyait encore qu'un règlement grand-ducal pris dans les mêmes formes précitées pouvait introduire des limites pour des surfaces de vente réservées à d'autres branches commerciales.

164 Doc. parl. *n° 4165*[4].



Pour le Conseil d'Etat, ces dispositions ont soulevé des problèmes d'ordre constitutionnel. Le premier était celui de la compatibilité d'une disposition interdisant purement et simplement les surfaces de vente de centres commerciaux supérieures à des limites fixées avec l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat avait en effet de sérieux doutes sur la conformité d'une disposition légale interdisant sans limitation la création de centres commerciaux dépassant une certaine surface avec la garantie constitutionnelle de la liberté du commerce. Il était d'avis que si une loi limite la liberté du commerce sans qu'existe une nécessité pour ce faire ou si cette limitation est disproportionnée par rapport au but poursuivi, elle porte atteinte au principe constitutionnel de la liberté du commerce. En déclarant au commentaire des articles que «la stratégie de vente des grandes surfaces commerciales est soumise aux exigences et besoins des clients et à la dynamique du marché, les seuils établis … doivent pouvoir être adaptés sans trop tarder aux nouvelles données», les auteurs du projet reconnaissaient d'ailleurs qu'il existe dans le secteur commercial des fluctuations souvent rapides et difficilement prévisibles. Pour le Conseil d'Etat, il était évident que la non-limitation dans le temps de l'interdiction de dépasser un seuil de surface donné barre ainsi la voie à des adaptations qui, à l'avenir, compte tenu de l'évolution du marché et de l'environnement régional, pourraient s'avérer nécessaires. De l'avis du Conseil d'Etat, comme la nécessité d'une interdiction non limitée dans le temps n'était pas donnée, la constitutionnalité d'une telle interdiction était très contestable et serait encore disproportionnée par rapport au but recherché.

Le Conseil d'Etat a ajouté cependant que la situation serait toutefois différente si le législateur limitait l'interdiction dans le temps. Une limitation temporaire aurait encore l'avantage de mieux pouvoir prendre en compte les variations permanentes que connaissent tous les secteurs économiques et particulièrement celui de la distribution. Pour éviter le risque de voir déclarer inconstitutionnelle cette disposition par la Cour constitutionnelle[165], le Conseil d'Etat a proposé de limiter les interdictions de créer des surfaces dépassant un certain seuil prévu à cette disposition à cinq années.

Ensuite, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement aux dispositions de la loi en projet qui réservent à des règlements d'exécution le pouvoir de modifier les limites des surfaces fixées par la loi et d'introduire pour les autres branches commerciales des limitations des surfaces de vente. Le Conseil d'Etat, dans son avis précité, a rappelé que «la liberté du commerce étant une matière réservée par le Constituant à la loi, seul le législateur est habilité à réglementer ces matières. La Constitution ne permet en conséquence pas au Grand-Duc, en application de l'article 32, alinéa 3 de la Constitution, d'introduire de nouvelles dispositions ou de modifier des dispositions légales dans des domaines dits réservés».

165 Qui était sur le point d'être mise en place.

Une autre disposition de la loi en projet a énuméré deux cas dans lesquels l'autorisation particulière peut être refusée. Dans le premier cas, l'autorisation peut être refusée si le projet risque de compromettre l'équilibre du commerce dans la ou les branches commerciales principales concernées sur le plan national, régional ou communal. Déjà dans son avis du 21 juin 1988 sur le projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel, d'architecte, d'ingénieur, d'expert-comptable et de conseil en propriété industrielle[166], le Conseil d'Etat, en raison des conséquences que pourrait avoir l'application du critère de l'équilibre par branche concernée, avait estimé que cette disposition porterait «une atteinte grave à la liberté du commerce ancrée dans notre Constitution puisqu'on confond l'abus d'une prédominance économique (auxquelles certaines positions monopolitiques peuvent aboutir) avec le sain développement de la concurrence». Le Conseil d'Etat a maintenu intégralement l'attitude qu'il avait adoptée dans son prédit avis.

Ensuite, dans l'avis du 15 février 2011 sur le projet de loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (…)[167], le Conseil d'Etat a observé dans ses considérations générales que la modification de certaines dispositions de la loi d'établissement s'impose notamment par l'entrée en vigueur de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur et de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. De manière critique, il s'est cependant demandé pourquoi les auteurs du projet maintiennent une réglementation tellement stricte et laborieuse pour l'accès à la profession quand les pays voisins libéralisent conformément aux directives le secteur du commerce et de l'artisanat notamment. A cet égard, le Conseil d'Etat a observé que la directive 2006/123/CE précitée rappelle dans son premier considérant l'article 14, paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne (TCE)[168] qui prévoit que le marché intérieur comporte un espace sans frontières dans lequel la libre prestation des services est assurée. L'article 43 du même traité[169] dispose que la liberté d'établissement est assurée et l'article 49[170] établit le droit à la prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne: «L'élimination des obstacles au développement des activités de services entre Etats membres est un moyen essentiel pour renforcer l'intégration entre les peuples européens et pour promouvoir le progrès économique et social équilibré et durable». Le Conseil d'Etat a rappelé que «le paragraphe 2 indique qu'il est impératif d'avoir un marché des services concurrentiel pour favoriser la croissance économique et la création d'emplois dans l'Union européenne. La compétitivité mondiale des prestataires de services se trouve affectée par les obstacles qui empêchent les prestataires de

166 Doc. parl. *n° 3142*[3].

167 Doc. parl. *n° 6158*[4], *op. cit*.

168 Devenu l'article 28 du traité sur l'Union européenne.

169 Devenu l'article 49 du traité sur l'Union européenne.

170 Devenu l'article 56 du traité sur l'Union européenne.

services, notamment les petites et moyennes entreprises, de se développer au-delà des frontières nationales et de bénéficier pleinement du marché intérieur». Ainsi, selon le Conseil d'Etat, «le texte du projet de loi est beaucoup plus exigeant pour les ressortissants luxembourgeois qui devront produire des certificats et des diplômes suite à des examens à l'issue de stages et de cours, alors qu'il suffit aux ressortissants d'autres Etats membres de l'Union européenne de produire seulement un certificat montrant qu'ils ont la qualification nécessaire pour la profession suivant leur législation nationale, qualification se limitant le plus souvent à un simple stage pratique dans une entreprise. Ceci constitue une discrimination à rebours que le Conseil d'Etat a des difficultés à accepter. Cette réglementation retient souvent des candidats entrepreneurs à sauter le pas. On peut aisément constater ceci au nombre d'entreprises venant de pays voisins et au nombre de prestataires non luxembourgeois qui s'établissent au Luxembourg ou qui viennent y travailler. La législation qui se voudrait protectrice devient ainsi un frein au développement des entreprises luxembourgeoises».

2. *La restriction à la liberté du commerce, une matière réservée à la loi*

D'après la jurisprudence, la liberté du commerce et de l'industrie, telle que prévue par la Constitution, n'est ni générale ni absolue. Des limitations peuvent y être apportées, à la condition expresse qu'elles soient d'origine législative. La loi peut dès lors mettre en œuvre cette liberté fondamentale en la soumettant à des conditions, voire des limitations ou même des interdictions. Ainsi, elle ne s'exerce que dans les limites fixées par la loi.

a) Sens

Le tribunal administratif définit la «matière réservée à la loi» comme suit: «Par matière réservée à la loi, on entend une matière spécialement désignée par la Constitution comme ne pouvant faire l'objet que d'une loi formelle. – L'effet d'une réserve de la loi consiste en ce que nul, sauf le pouvoir souverain, ne peut valablement disposer d'une telle matière érigée en réserve. La réserve de la loi prohibe une habilitation notamment en faveur de l'organe investi du pouvoir exécutif. – La loi ne peut pas conférer au pouvoir exécutif, en vertu d'une disposition expresse, le soin de réglementer une matière dont la détermination lui incombe personnellement. Pour satisfaire à une réserve constitutionnelle, la loi ne doit pas tout régler jusque dans le moindre détail. En effet, il suffit, mais il faut aussi que le principe et les modalités substantielles de la matière réservée soient retenues par la loi. – Ainsi, la réserve de la loi prohibe les habilitations générales, mais elle ne met pas obstacle à une habilitation plus spécifique. En d'autres mots, il suffit que la loi trace les grands principes;

elle peut, même en présence d'une réserve, abandonner la mise en œuvre du détail au pouvoir réglementaire»[171].

Comme analysé ci-avant, la Cour constitutionnelle a apporté des précisions à cette jurisprudence dans son arrêt n° 15/03 du 3 janvier 2003[172], une jurisprudence qui a ensuite évolué avec l'arrêt récent n° 108/13 du 29 novembre 2013[173].

b) Portée

Dans la pratique, le législateur et/ou le Gouvernement entendent apporter des restrictions à la liberté du commerce, alors que ni le (grand) principe, ni les modalités substantielles de ces restrictions ne figurent dans la loi. Or, comme la matière est érigée en réserve, il revient à la loi d'en tracer ces principes et ces modalités substantielles. L'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc.

Les développements qui suivent exposeront une série d'avis du Conseil d'Etat où la Haute Corporation n'arrête pas de répéter les règles constitutionnelles en la matière, méconnues, semble-t-il, des auteurs des projets de loi et/ou projets de règlements grand-ducaux.

c) Analyse

L'article 13 du projet de loi concernant l'exercice de la profession de pharmacien et le fonctionnement des pharmacies, tel qu'amendé par la Commission de la santé et de la sécurité sociale de la Chambre des députés[174], a pour objet la détermination des produits autres que les médicaments qui peuvent être détenus et vendus en pharmacie ainsi que de ceux qui ne peuvent être détenus et vendus qu'en pharmacie. Le texte originaire, qui avait confié à un règlement grand-ducal le soin d'en établir la liste, avait rencontré l'opposition formelle du Conseil d'Etat[175] se basant sur l'article 11, paragraphe 6. Dans le but de désamorcer ladite opposition formelle, la commission parlementaire précitée avait proposé d'amender comme suit l'article 13 du projet:

> «Un règlement grand-ducal fixera la liste des produits autres que les médicaments qui peuvent être détenus et vendus en pharmacie.

---

171 Tribunal administratif, 26 juillet 2000, n° 11637; confirmé par: Tribunal administratif, 2 octobre 2000, n° 11842; Tribunal administratif, 19 décembre 2000, n° 12309C; Tribunal administratif, 31 janvier 2001, n° 11998.

172 Arrêt n° 15/03 du 3 janvier 2003, *op. cit.*

173 Arrêt n° 108/13 du 29 novembre 2013, *op. cit.*

174 Doc. parl. *n° 3795*[4].

175 Avis du 5 février 1997 (doc. parl. *n° 3795*[2]).



La délivrance au public de pansements et de matériel stériles, d'articles de stomie et de tests *in vitro* ne peut se faire qu'en pharmacie.»

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 19 décembre 1997[176], a observé que l'alinéa 2 précité déterminant les produits dont la loi réserve en exclusivité la délivrance aux pharmaciens est compatible avec l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il a donc pu l'approuver sur ce rapport, même s'il a regretté que le choix des produits sélectionnés n'ait pas été motivé par les auteurs du texte amendé et est resté partant sujet à caution. Cependant, concernant l'alinéa 1er précité, le Conseil d'Etat a critiqué que, a contrario, les produits non visés audit règlement ne pourront être ni détenus ni vendus en pharmacie. Il en découle que l'alinéa 1er du texte amendé de cet article 13 encourait manifestement le reproche d'inconstitutionnalité et comme tel méritait le maintien de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, les restrictions à la liberté du commerce et à l'exercice d'une profession libérale étant réservées à la loi. Le projet de loi a été retiré du rôle de la Chambre des députés le 9 juillet 2002[177].

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 29 octobre 1996 relatif au projet de loi sur les télécommunications[178], n'a pas exactement saisi la portée des termes «classes de licence». A ses vues, le terme «licence» sans aucun autre qualificatif était suffisant. Une disposition de la loi en projet[179], tout en énumérant quatre «classes» ou «catégories» de licences et en précisant la portée, laissait à un règlement grand-ducal le soin de fixer les différentes classes de licences et, le cas échéant, d'en créer de nouvelles, tel que le Conseil d'Etat a interprété les termes «au moins». Dans son avis, le Conseil d'Etat a expliqué qu'«il n'est pas en mesure de se prononcer sur la question de savoir si à l'avenir d'autres classes ou catégories de licences que celles prévues à l'article en question sont envisageables ou nécessaires». Il a constaté cependant que «toute soumission à licence d'une activité commerciale constitue une entrave au principe constitutionnel de la liberté de commerce. Toute restriction à cette liberté ne peut résulter que de la loi d'après l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Partant, si le Conseil d'Etat peut accepter que les modalités régissant les différentes catégories de licences seront fixées par la voie d'un règlement grand-

---

176 Doc. parl. *n° 3795*^{5}.

177 Doc. parl. *n° 3795*^{7}.

178 Doc. parl. *n° 4134*^{7}.

179 «**Art. 7.** (2) Les différentes classes de licences mentionnées au paragraphe (1) sont fixées par règlement grand-ducal et comprennent au moins: a) une classe de licences pour l'exploitation d'un réseau de télécommunications et de services qui y sont liés, en ce compris la mise à disposition de liaisons fixes et le service de téléphonie; b) une classe de licences pour l'exploitation d'un réseau de télécommunications et de services qui y sont strictement liés telle que la mise à disposition de liaisons fixes, à l'exclusion du service de téléphonie; c) une classe de licences pour l'exploitation d'un service de téléphonie, à l'exclusion de l'exploitation d'un réseau de télécommunications; d) une classe de licences pour l'exploitation d'un service de mobilophonie, en ce compris les équipements et moyens y afférents nécessaires à la mise en place de la partie radio du réseau et aux communications par satellite.»

ducal, il doit cependant s'opposer formellement à l'encontre de toute disposition permettant au pouvoir réglementaire de soumettre à licence des activités autres que celles visées à l'article afférent du projet de loi». Il a ajouté que, s'il s'avérait qu'à l'avenir d'autres activités que celles visées à l'article en question seraient à soumettre à licence, une modification législative préalable s'imposerait.

Dans son avis du 1er juillet 1997 sur le projet de loi relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente[180], le Conseil d'Etat ne pouvait marquer son accord à ce que le pouvoir exécutif ait recours à un règlement grand-ducal pour déterminer tout ce qui est à considérer comme armes, munitions, matériel à usage militaire et technologie y afférente. Il a rappelé que les critères de ce règlement grand-ducal doivent être fixés par la loi et on ne saurait concevoir d'accorder en la matière un pouvoir normatif propre au pouvoir exécutif. Il a ajouté que si les principes sont à fixer par la loi, rien n'empêche que pour la mise en œuvre de ces principes on ait recours à une réglementation adaptée aux circonstances. Le Conseil d'Etat s'est donc opposé formellement au texte, la matière étant réservée à la loi aux termes de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution.

De même, en ce qui concerne l'article 3 du projet de loi qui prévoit que les conditions générales d'octroi et d'utilisation des licences et les autorisations d'exploitation et de transit des objets visés par la loi sont arrêtées par voie d'un règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat a estimé que la matière relève de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution: «Il s'agit donc sans discussion possible d'une matière réservée à la loi». Si le Conseil d'Etat a marqué son accord à ce que des modalités d'exécution d'une matière réservée à la loi soient fixées par voie de règlement grand-ducal, il s'est cependant opposé formellement à ce que, dans une matière réservée à la loi, le pouvoir normatif soit dévolu par le législateur au pouvoir exécutif.

Par arrêté grand-ducal du 18 décembre 2010, le projet de loi a été retiré du rôle des affaires de la Chambre des députés[181].

Le projet de loi relative aux dispositifs médicaux[182] avait pour objet de parfaire l'œuvre de transposition en droit national de la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux. L'article 2 de cette directive invite cependant les Etats membres à prendre «toutes les dispositions nécessaires pour que les dispositifs ne puissent être mis sur le marché et mis en service que s'ils ne compromettent pas la sécurité et la santé des patients, des utilisateurs et, le cas échéant, d'autres personnes, lorsqu'ils sont correctement installés, entretenus et

180 Doc. parl. *n° 4286*[1].

181 Doc. parl. *n° 4286*[4].

182 Doc. parl. *n° 4396*[1].

utilisés conformément à leur destination». Tout comme la directive, le projet de loi précité se trouvait donc amené, de par son objet, à affecter tant la liberté de commerce que la santé et la sécurité publiques. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 20 février 2001[183], a rappelé que «la liberté de commerce fait, en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la loi fondamentale, partie des matières réservées par la Constitution à la loi et il convient partant de circonscrire avec la précision requise le pouvoir d'intervention du pouvoir réglementaire en la matière. Le Conseil d'Etat continue en effet d'admettre que, même en matière réservée, il n'est pas nécessaire que la loi se charge de la réglementation intégrale et dans les moindres détails d'un domaine déterminé. Le pouvoir réglementaire peut toujours être habilité à en arrêter des mesures d'exécution complémentaires, à condition toutefois que les principes et les modalités substantielles de la matière réservée soient consacrés dans la loi.»

Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 2 mai 2000 sur le projet de loi portant transposition de la directive 96/92/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et portant modification de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications et portant modification de la loi du 5 août 1993 concernant l'utilisation rationnelle de l'énergie[184], a émis une opposition formelle à l'encontre de l'amendement 8 qui avait pour effet de reprendre les articles 8, paragraphe 3 et 11, paragraphe 3 de la directive précitée à transposer en droit national, à l'effet d'obliger par la voie d'un règlement grand-ducal le gestionnaire du réseau de transport ou de distribution à donner la priorité en cas d'appel des installations de production à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables ou des déchets ou qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinées. Les auteurs de cet amendement ont repris exactement le texte de la directive tout en remplaçant les termes «les Etats membres peuvent imposer» par ceux de «un règlement grand-ducal peut imposer». Si la directive a laissé le libre choix aux Etats membres d'imposer au gestionnaire du réseau cette obligation, l'amendement en question ne se prononçait pas sur cette option, mais déléguait cette faculté à un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat a relevé qu'un tel procédé ne pouvait se concevoir en l'espèce, étant donné que l'obligation qu'il s'agissait d'imposer au gestionnaire du réseau constitue une restriction à la liberté de commerce qui, aux termes de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, ne peut être établie que par la loi. Le Conseil d'Etat a ajouté que le législateur devrait arrêter son choix dans le cadre du projet de loi et qu'en toute hypothèse, il devrait s'opposer formellement à une délégation de ce choix au pouvoir réglementaire.

L'article 28 nouveau proposé à la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques et portant transposition de la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil

---

183 *op. cit.*

184 Doc. parl. *n° 4601*[6]; devenu la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mémorial A n° 79 du 21 août 2000, p. 1896).

du 30 juin 1997 a trait aux règles applicables en matière de publicité, de parrainage et de téléachat. Les modifications apportées par le projet de loi *n° 4584*[8] portant modification de la loi précitée[185] sont censées assurer la transposition des points 11) à 25) de l'article 1er de la directive 97/36/CE précitée. Les auteurs du projet de loi ont prévu de supprimer du texte de loi les dispositions sur la publicité télévisuelle reprises de la directive 89/552/CEE avec l'objectif de transférer l'ensemble des règles en question dans un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 28 novembre 2000[186], a relevé que, s'il «peut comprendre le souci des auteurs de se donner en la matière une plus grande souplesse dans la perspective de la transposition future de mesures européennes nouvelles, il se doit de rendre attentif au fait que la matière visée relève des restrictions à la liberté de commerce réservées de par l'article 11(6) de la Constitution au seul pouvoir législatif. Sous peine de devoir s'opposer formellement au texte proposé, le Conseil d'Etat demande d'inclure de nouveau les règles fondamentales dans la loi formelle, tout en pouvant par ailleurs se déclarer d'accord à ce que les mesures d'aménagement de ces principes soient reprises dans un règlement grand-ducal». Suivait une proposition de texte du Conseil d'Etat qui a été reprise par le législateur.

L'article 25 du projet de loi relatif au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et le code d'instruction criminelle et transposant certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers et la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[187] devait servir de base légale au(x) règlement(s) d'exécution appelé(s) à déterminer les exigences de sécurité et de fiabilité auxquelles devront satisfaire les prestataires de service de certification qui entendent émettre des certificats qualifiés, ainsi que les informations que ces certificats doivent contenir. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 mai 2000[188], n'avait pas d'objection de principe à voir confier au pouvoir exécutif la réglementation du contenu des certificats qualifiés. Cependant, il y avait lieu d'examiner la compatibilité de l'article en question avec l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, comme il s'agissait de réglementer l'exercice d'une activité que tous les prestataires de service de certification entendaient exercer, au regard des effets juridiques attachés de par la loi aux

---

185 Doc. parl. *n° 4584*.

186 Doc. parl. *n° 4584*[8].

187 Doc. parl. *n° 4641*[1]; devenu la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code de procédure civile, le code de commerce, le code pénal et transposant la directive 1999/93 du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers (Mémorial A n° 96 du 8 septembre 2000, p. 2176).

188 *op. cit.*

signatures électroniques reposant sur un certificat qualifié. Dans son avis, il a rappelé que «si [le Conseil d'Etat] a admis que, même en une matière réservée, il n'est pas nécessaire que la loi doive se charger de la réglementation intégrale dans les moindres détails de la matière, il a cependant toujours estimé que les principes et les modalités substantielles de la matière réservée doivent impérativement être retenus par la loi». Il a ajouté qu'en l'occurrence, cette condition n'était pas remplie par le texte lui soumis. La disposition se bornait à faire état d'exigences de sécurité et de fiabilité, alors qu'étaient visées par ces termes les exigences édictées à l'annexe II de la directive 1999/93/CE, qui ne concernaient pas uniquement les moyens techniques à mettre en œuvre, mais avaient trait aussi aux moyens financiers du prestataire, ou à la qualification de son personnel. Ayant ainsi des incidences directes sur l'exercice des activités de prestation de service de certification, le Conseil d'Etat a estimé que la détermination de ces exigences ne saurait être abandonnée au pouvoir exécutif. La question n'était pas purement théorique, alors que la force probante de l'écrit électronique était directement liée notamment à la délivrance d'un certificat qualifié. Selon le Conseil d'Etat, «il ne saurait dès lors être admis que la détermination des exigences à remplir par les prestataires de service de certification soit sujette à caution au regard de sa compatibilité avec les dispositions constitutionnelles». Le Conseil d'Etat a insisté en conséquence pour que le texte sous examen soit revu: «Pour le moins faudrait-il retenir dans la loi elle-même les principales exigences qu'on est en droit d'attendre de cette catégorie de prestataires de service, quitte à en voir préciser le détail par voie de règlement grand-ducal».

Le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques[189] prévoyait que les personnes chargées de la réception des examens des permis de conduire sont agréées par le ministre selon les modalités à déterminer par règlement grand-ducal, sans préciser si ces personnes relèvent de la législation sur le contrat de travail ou s'il s'agit de personnes exerçant une profession libérale. Pour ce dernier cas, le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 novembre 2001[190], s'est opposé formellement à la disposition selon laquelle un règlement grand-ducal fixe les conditions d'agrément, «qui, par essence, constituent une restriction à la liberté de commerce et ne peuvent dès lors, aux termes de l'article 11(6) de la Constitution, être établies que par le pouvoir législatif».

---

189 Doc. parl. *n° 4752A*; devenu la loi du 30 juillet 2002 portant modification de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (Mémorial A n° 92 du 14 août 2002, p. 1866).

190 Doc. parl. *n° 4752*[4].

L'article 1er, paragraphe 2 du projet de loi concernant la situation de revenu des personnes handicapées[191] soumettait l'atelier protégé obligatoirement à un agrément du ministre du Travail et de l'Emploi. Cet agrément visait, selon les auteurs du projet, à garantir l'encadrement adéquat du travailleur handicapé au moyen de certaines conditions conceptuelles et structurelles. Or, le Conseil d'Etat a rappelé, dans son avis du 14 mai 2002[192], que «conformément à la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique, les ateliers protégés sont déjà soumis à un agrément de la part du ministre de la Famille, ou bien du ministre de la Promotion féminine, du ministre de la Jeunesse ou du ministre de la Santé, pour l'obtention duquel ils doivent remplir des conditions bien définies tant d'ordre conceptuel que structurel». Dès lors, il s'est interrogé sur la nécessité d'un deuxième agrément, d'autant plus qu'il était impossible de vérifier en quoi les conditions pour l'obtention d'un agrément de la part du ministre du Travail différaient de l'agrément déjà prévu par la loi de 1998 précitée, alors que le règlement d'exécution fait encore défaut. Le Conseil d'Etat a alors proposé dans son avis de modifier la loi de 1998 précitée afin de prévoir la possibilité d'un agrément conjoint intégrant les conditions et le contrôle fixés par cette loi. Il a ajouté que «si les auteurs du projet persistaient néanmoins dans le cadre du projet soumis à avis, à vouloir soumettre ces ateliers protégés à un nouvel agrément, le Conseil d'Etat devrait s'opposer formellement au fait que les critères et modalités de contrôle de celui-ci soient fixés par règlement grand-ducal. Du fait que les auteurs du projet déclaraient eux-mêmes ces activités comme commerciales, une telle façon de procéder serait contraire à l'article 11(6) de la Constitution qui prévoit que seul le pouvoir législatif peut établir des restrictions à la liberté de commerce. Par conséquent, l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 1er serait à supprimer et les conditions et modalités de contrôle de l'agrément seraient à fixer dans le projet de loi sous examen».

Concernant l'organisation strictement encadrée de cours de dressage de chiens d'attaque et de chiens de garde et de défense au sens de l'article 15 du projet de loi relatif aux chiens[193], le Conseil d'Etat a relevé, dans son avis du 10 décembre 2002[194], que «sous peine de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, toutes les restrictions et conditions pour obtenir l'agrément pour organiser de tels cours doivent être prévues limitativement par voie législative. Le Conseil d'Etat s'oppose donc formellement à toute délégation de la fixation des conditions et modalités d'agrément à un règlement grand-ducal».

---

191 Doc. parl. *n° 4827*; devenu la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées (Mémorial A n° 144 du 29 septembre 2003, p. 2938).

192 Doc. parl. *n° 4827*[8].

193 Doc. parl. *n° 4985*; devenu la loi du 9 mai 2008 relative aux chiens (Mémorial A n° 62 du 15 mai 2008, p. 852).

194 Doc. parl. *n° 4985*[1].



En vue d'une transposition correcte et complète de la directive 1999/105/CE du Conseil du 22 décembre 1999 concernant la commercialisation des matériels forestiers de reproduction, les auteurs du projet de loi concernant la production et la commercialisation des matériels forestiers de reproduction[195] entendaient inclure l'ensemble des annexes dans le texte même de la loi projetée, tout en prévoyant leur adaptation ultérieure par règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 9 décembre 2003[196], s'est opposé formellement à une telle démarche alors que «la matière visée par le présent projet constituait une matière réservée à la loi, et ce en vertu de l'article 11(6) de la Constitution, qui dispose que les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'à l'exercice de la profession libérale et au travail agricole sont à établir par le pouvoir législatif. Il faut dès lors que cette adaptation soit opérée par une loi formelle».

L'article 5 du projet de loi sur les transports publics[197] règle les conditions à remplir par les opérateurs en vue d'être admis aux contrats de service public à conclure avec l'autorité organisatrice, dans le respect des directives et règlements communautaires y mentionnés. Le paragraphe 2 de cet article traite des licences pour les transports publics par route. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 mars 2004[198], en ce qui concerne la disposition selon laquelle «les conditions de délivrance, de validité et d'utilisation desdites licences (…) sont arrêtées par règlement grand-ducal», a rappelé la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle suivant laquelle «l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail».[199] Le Conseil d'Etat a ajouté qu'«en l'occurrence, il échet de relever que la loi abandonne au pouvoir réglementaire la fixation de critères et conditions, sans toutefois en déterminer les grands principes. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement à la disposition afférente pour être contraire à l'article 11(6) de la Constitution qui réserve au seul pouvoir législatif l'établissement de restrictions à la liberté de commerce».

---

195 Doc. parl. *n° 5044*[1]; devenu la loi du 30 novembre 2005 concernant la production et la commercialisation des matériels forestiers de reproduction (Mémorial A n° 200 du 14 décembre 2005, p. 3218).

196 Doc. parl. *n° 5044*[4].

197 Doc. parl. *n° 5125*; devenu la loi du 29 juin 2004 portant sur les transports publics (Mémorial A n° 107 du 7 juillet 2004, p. 1662).

198 Doc. parl. *n° 5125*[6].

199 Cour constitutionnelle, arrêt 15/03 du 3 janvier 2003, *op. cit.*

Dans son avis du 30 mars 2004 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 21 juin 1976 relative à la lutte contre le bruit[200], le Conseil d'Etat a rappelé que le texte qu'il a examiné devait «tenir compte des derniers développements de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière. Cette dernière, il est vrai, arrête que les principes directeurs soient nettement précisés par la loi elle-même quitte à ce que leurs modalités d'application ou d'exécution techniques fassent l'objet de règlements grand-ducaux. Le Conseil d'Etat doit cependant émettre à ce sujet les réserves les plus formelles …».

Le Conseil d'Etat a ajouté que «cette précision semble d'autant plus s'imposer, selon le Conseil d'Etat, qu'il s'agit d'une matière réservée à la loi par l'article 11(6) de la Constitution. En effet, les règlements grand-ducaux en question peuvent entre autres «3. réglementer ou interdire la fabrication, l'importation, l'exportation, le transit, le transport, l'offre en vente, la vente, la cession à titre onéreux ou gratuit, la distribution, l'installation et l'utilisation d'appareils, de dispositifs ou d'objets produisant ou susceptibles de produire certains bruits». En tout état de cause, le Conseil d'Etat a insisté à ce que le terme «notamment», figurant à l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi modifiée précitée du 21 juin 1976, qui, au vu de la prédite jurisprudence, mériterait une opposition formelle, soit supprimé, et d'écrire «Ces règlements peuvent …».

Dans le même sens, quant à l'article 19 du projet de loi relative à la lutte contre le chômage social et qui détermine les conditions d'obtention de l'agrément ministériel en question, le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 novembre 2005[201], a observé qu'«aux fins d'exclure tout arbitraire et en référence aux dispositions de l'article 11, paragraphe 6, alinéa 1 de la Constitution qui érigent la restriction à la liberté de commerce en matière réservée à la loi, le Conseil d'Etat demande de supprimer de la première phrase *in fine* le terme «notamment» sous peine d'opposition formelle».

L'article 4 du projet de loi modifiant la loi du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques[202] prévoit un article 4*bis* à insérer dans la loi du 14 février 1955 précitée. Ce nouvel article prévoit dans son paragraphe 1er des ateliers de transformations agréés par le ministre des Transports. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 mars 2004[203], s'est opposé formellement à la disposition selon laquelle «les modalités relatives à l'agrément seraient à déterminer

---

200 Doc. parl. *n° 5206*[6]; devenu la loi du 2 août 2006 modifiant la loi modifiée du 21 juin 1976 relative à la lutte contre le bruit (Mémorial A n° 157 du 5 septembre 2006, p. 2744).

201 Doc. parl. *n° 5144*[9]; devenu la loi du 3 mars 2009 contribuant au rétablissement du plein emploi et complétant: 1. le livre V du Code du Travail par un Titre IX nouveau; 2. l'article 631-2 du Code du Travail (Mémorial A n° 41 du 10 mars 2009, p. 567).

202 Doc. parl. *n° 5256*; devenu la loi du 6 juillet 2004 modifiant la loi du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (Mémorial A n° 134 du 28 juillet 2004, p. 1912).

203 Doc. parl. *n° 5256*[1].



par règlement grand-ducal. S'agissant d'une entrave au principe de la liberté de commerce consacré par l'article 11 de la Constitution, un règlement grand-ducal ne pourra fixer les modalités de l'agrément alors que les critères ne sont pas suffisamment spécifiés par la loi». Il en est de même de la disposition du paragraphe 3 du même article qui autorise le ministre des Transports à charger de l'exclusivité du contrôle technique des véhicules routiers un ou plusieurs organismes publics ou privés selon les modalités à fixer par règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat a estimé sous peine d'opposition formelle que les critères à remplir par ces organismes doivent être déterminés par la loi.

Le projet de loi relative à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses autorise le ministre à «désigner par règlement grand-ducal (…) le ou les organismes chargés de recevoir les informations». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 mars 2004[204], a relevé qu'«il n'appartient pas au ministre du Travail et de l'Emploi de prendre un règlement grand-ducal. Comme il s'agit en l'espèce d'un texte non normatif, une simple désignation par le ministre est suffisante en l'occurrence. Le projet de loi ne fixe pas de critères que cet ou ces organismes doivent remplir pour être chargés. Le Conseil d'Etat est d'avis que la fixation de tels critères est indispensable, vu qu'il s'agit aux termes de l'article 11(6) de la Constitution d'une matière réservée à la loi, afin de donner un cadre légal à cette désignation ou ce refus de désignation. Il y a dès lors lieu d'énumérer les critères dans la loi même sous peine d'opposition formelle».

Concernant les mesures que peut prendre le ministre au sens de l'article 6 du projet de loi relative à la sécurité générale des produits[205], le Conseil d'Etat a observé dans son avis du 22 février 2005[206] qu'«il échet de relever certaines imprécisions. Quelles sont les conditions préalables que peut imposer le ministre aux fins de la commercialisation d'un produit? S'agissant d'une atteinte à la liberté de commerce, il s'agirait pour le moins de prévoir dans la loi même les conditions préalables en question. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement au texte tel que proposé. (…) En effet, de par leur essence même, tous les produits sont susceptibles de présenter des risques dans certaines conditions. Accorder sous cette prémisse au ministre le pouvoir de fixer des conditions préalables à la mise sur le marché des produits heurte le principe de la liberté de commerce, l'article 11(6) de la Constitution réservant au seul législateur le pouvoir de fixer des restrictions à cette liberté, quitte à ce qu'un règlement grand-ducal, pris conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, tel qu'introduit lors de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 qui

---

204 Doc. parl. *n° 5254*[5]; devenu la loi du 3 août 2005 relative à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses (Mémorial n° 146 du 6 septembre 2005, p. 2556).

205 Doc. parl. *n° 5307*[1]; devenu la loi du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits (Mémorial n° 162 du 8 septembre 2006, p. 2978).

206 Doc. parl. *n° 5307*[3].

dispose que „Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi", vienne préciser les questions de détail».

L'article 4, paragraphe 2 du projet de loi établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre[207] prévoit qu'un règlement grand-ducal pourra modifier les annexes en vue de les adapter à l'évolution de la législation de l'Union européenne en la matière. Compte tenu du fait qu'on se situe dans le cadre d'une matière réservée à la loi, à savoir la liberté de commerce et d'industrie, le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 juin 2004[208], a exigé, sous peine d'opposition formelle, la suppression de ce paragraphe: «En effet, seule la loi au sens formel peut restreindre cette liberté. Il en découle que les modifications des annexes ne pourront se faire que par la voie législative».

L'article 4 du projet de loi portant réglementation du commerce des semences et plants et concernant la mise en culture de semences et plants génétiquement modifiés[209] renvoie à un règlement grand-ducal appelé à définir les critères et conditions auxquels doivent répondre les différentes catégories de semences et de plants identifiées dans le projet de loi comme pouvant être commercialisées au Luxembourg. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 février 2005[210], se devait de rappeler la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle «suivant laquelle „l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail" (Cour constitutionnelle, Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003). La loi du 19 novembre 2004 portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution, 2. création d'un article 108*bis* nouveau de la Constitution abonde dans le même sens. L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution dispose en effet dorénavant que „dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et selon les modalités spécifiées par la loi". Concernant la disposition sous examen, il y a lieu de constater que la loi abandonne au pouvoir réglementaire la fixation des critères et conditions, sans tracer au moins les fins des règlements grand-ducaux à prendre et sans en spécifier les

---

207 Doc. parl. *n° 5327*[1]; devenu la loi du 23 décembre 2004 1) établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre; 2) créant un fonds de financement des mécanismes de Kyoto; 3) modifiant l'article 13bis de la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (Mémorial n° 210 du 30 décembre 2004, p. 3792).

208 Doc. parl. *n° 5327*[3].

209 Doc. parl. *n° 5380*[1]; devenu la loi du 18 mars 2008 sur la commercialisation des semences et plants ainsi que sur la coexistence des cultures génétiquement modifiées, conventionnelles et biologiques (Mémorial n° 32 du 27 mars 2008, p. 446).

210 Doc. parl. *n° 5380*[3].



conditions et les modalités de mise en œuvre. Comme la commercialisation des semences et plants fait partie des activités professionnelles visées par l'article 11(6) de la Constitution qui réserve au seul pouvoir législatif l'établissement de restrictions à la liberté de commerce, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 4 en attendant une proposition de texte des auteurs du projet de loi tenant compte des exigences constitutionnelles précitées».

Dans le même avis, le Conseil d'Etat se devait encore de noter que «la formule retenue en vue d'agréer des organismes privés afin de les faire participer aux travaux de certification des semences et plants produits au Luxembourg, revient à déléguer au pouvoir exécutif la prérogative de déterminer les conditions d'exercer des activités professionnelles en la matière. Or, selon l'article 11(6) de la Constitution, il appartient au seul législateur de restreindre la liberté d'accéder à ou d'exercer des activités commerciales, industrielles, agricoles ou de profession libérale. Le Conseil d'Etat doit par conséquent s'opposer formellement à l'adoption des dispositions de l'alinéa 1er de l'article 5. Conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, il pourrait cependant s'accommoder avec une solution où la loi en projet ne définirait pas seulement les fins poursuivies, mais spécifierait en plus les conditions et modalités selon lesquelles un règlement grand-ducal assurerait la mise en œuvre du détail». Le Conseil d'Etat a encore relevé que «l'identification de zones délimitées pour des cultures déterminées, comme étant susceptible de restreindre la liberté de commerce, ne peut pourtant être reléguée à un règlement grand-ducal, sous peine du refus de dispense du second vote constitutionnel, qu'à condition pour la loi de préciser les fins de cette délimitation ainsi que d'en spécifier les conditions et les modalités».

En vertu de l'article 8 du projet de loi précité, ne seraient admises à la certification et à la commercialisation que les variétés déposées de semences et de plants inscrites sur une liste des variétés, un règlement grand-ducal fixant les modalités et critères d'admission à cette liste ainsi que les conditions de radiation. Pour le Conseil d'Etat, dans son avis précité, ces conditions comportent une restriction de la liberté de commerce, restriction qu'en vertu de l'article 11 de la Constitution seul le législateur peut décider: «Le Conseil d'Etat doit dès lors insister, sous peine d'opposition formelle, pour qu'au moins les conditions et modalités d'établissement des critères d'admission et de radiation des variétés de semences et plants soient prévues dans la loi elle-même».

L'article 103 du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances[211] reprend en substance celui des articles 103 à 105 de la loi modifiée du 6 décembre 1991, mais en se remettant à un règlement grand-ducal pour fixer plus précisément les conditions d'agrément ainsi que le

211 Doc. parl. *n° 5409*; devenu la loi du 13 juillet 2005 portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (Mémorial A n° 103 du 21 juillet 2005, p. 1832).

niveau et le mode de contrôle des connaissances professionnelles et les conditions de moralité et d'honorabilité professionnelle des dirigeants des entreprises d'assurances. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 3 mai 2005[212], s'est opposé formellement à cette disposition et a rappelé dans ce contexte la «jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle suivant laquelle „l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail" (Cour constitutionnelle, Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003). La loi du 19 novembre 2004 portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution, 2. création d'un article 108*bis* nouveau de la Constitution abonde dans le même sens. L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution dispose en effet dorénavant que „dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et selon les modalités spécifiées par la loi". Concernant la disposition sous examen, il y a lieu de constater que la loi abandonne au pouvoir réglementaire la fixation des conditions d'agrément des dirigeants d'entreprises d'assurances, sans tracer au moins les fins du règlement grand-ducal à prendre et sans en spécifier les conditions et les modalités de mise en œuvre. Comme l'agrément de dirigeants d'entreprises d'assurances rentre dans les prévisions de l'article 11(6) de la Constitution qui réserve au seul pouvoir législatif l'établissement de restrictions à la liberté de commerce, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement aux dispositions afférentes du texte sous examen en attendant une proposition de texte des auteurs du projet de loi tenant compte des exigences constitutionnelles précitées».

De même, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'article 105, paragraphe 3 du projet précité qui prévoit que le programme et les modalités de l'épreuve d'aptitude professionnelle sont fixés par règlement grand-ducal. Compte tenu du fait que la réussite à cette épreuve est une condition de l'agrément, le Conseil d'Etat a tenu à rappeler que «si l'article 11 de la Constitution autorise le législateur à émettre des restrictions à la liberté de commerce, ces mesures doivent cependant être claires et précises. Il ne suffit en effet pas de confier à un règlement grand-ducal la fixation du programme d'examen ainsi que de ses modalités, mais il faudra bien plus énumérer ou pour le moins décrire les matières sur lesquelles portera l'épreuve d'aptitude dans la loi même». Le Conseil d'Etat a rappelé à ce sujet les arrêts 15/03 du 3 janvier 2003 et 17/03 du 7 mars 2003 de la Cour constitutionnelle aux termes desquels il est satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail. Le Conseil d'Etat s'est interrogé par ailleurs sur quels critères le ministre se basera pour dispen-

---

212 Doc. parl. *n° 5409*[4].



ser certains candidats de l'épreuve d'aptitude. Aux fins d'éviter tout arbitraire en la matière, ces critères devraient pour le moins être précisés».

Selon l'article 4, paragraphe 2 du projet de loi relatif à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation et de la sécurité des produits et services [en abrégé: «ILNAS»][213], la création de normes et de références techniques similaires est déléguée à un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 28 novembre 2006[214], a relevé que «s'il était prévu de conférer un caractère contraignant aux normes visées, qu'elles aient été élaborées au Luxembourg ou qu'elles soient reprises d'une instance étrangère, il y aurait restriction de la liberté de commerce et de l'industrie qui, aux termes de l'article 11(6) de la Constitution, ne souffre d'autres limitations que celles introduites par la loi formelle. Le Conseil d'Etat devrait dans ces conditions refuser la dispense du second vote constitutionnel, à moins que les auteurs du projet de loi ne veillent que les conditions de l'article 32(3) de la Constitution soient respectées à cet effet. Si, par contre, les auteurs du projet de loi n'envisageaient pas de conférer aux normes à élaborer un caractère contraignant, mais s'il s'agissait uniquement de monopoliser entre les mains de l'Etat la prérogative d'élaborer des normes nationales ou de reprendre des normes internationales ou étrangères, la question de l'intervention de l'Etat dans la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par l'article 11(6) de la Constitution resterait néanmoins entière. Le Conseil d'Etat devrait aussi dans cette hypothèse s'opposer formellement à la délégation à un règlement grand-ducal des conditions d'organisation et d'exercice de ce monopole, à moins que les auteurs spécifient dans la loi la finalité du règlement grand-ducal à prendre ainsi que les conditions et les modalités prévues à cet effet».

De même, pour ce qui est de la détermination des systèmes d'accréditation évoquée à l'article 5, paragraphe 3 du projet de loi précité, le Conseil a rappelé dans son avis que «l'obligation pour un organisme de certification ou d'inspection ou encore pour un laboratoire d'essais d'être accrédité et d'être inscrit dans un registre national en vue de pouvoir exercer son activité constitue une restriction de la liberté du commerce et de l'industrie qui ne peut intervenir que par une loi, conformément à l'article 11(6) de la Constitution». Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat a donc dû insister pour que les dispositions réglant l'accréditation soient prévues dans la loi même. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a ajouté qu'«il convient de regrouper dans un paragraphe, sinon dans un article à part, les dispositions ayant trait à l'accréditation des certificateurs actifs dans le cadre de la signature électronique (…), tout en respectant, sous peine d'opposition formelle, dans ce contexte aussi les exigences de l'ar-

213 Doc. parl. *n° 5516*; devenu la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (Mémorial A n° 74 du 28 mai 2008, p. 1066).

214 Doc. parl. *n° 5516*[2].

ticle 11(6) de la Constitution et tout en renonçant à l'utilisation du sigle „PSC" pour dénommer les prestataires de services de certification».

Toujours dans le même avis, le Conseil d'Etat a constaté que, «comme les prescriptions en matière de métrologie légale ont pour ceux à qui elles sont destinées un effet contraignant susceptible de les limiter dans le libre exercice de leur activité professionnelle, les mesures qu'il est prévu en vertu du paragraphe 3 de l'article 14 de confier à un règlement d'exécution comportent une restriction de la liberté du commerce et de l'industrie qui relève du domaine réservé à la loi. Le Conseil d'Etat doit donc s'opposer formellement aux dispositions en question, à moins de compléter la loi, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, par des dispositions qui spécifieront les fins auxquelles ces règlements sont pris ainsi que les conditions et les modalités pour ce faire».

Au sujet de l'intention des auteurs du projet de loi de confier également à l'Institut à créer l'octroi et la gestion des concessions des électriciens autorisés à travailler sur les infrastructures faisant partie des réseaux de distribution de l'énergie électrique, le Conseil d'Etat ne pouvait pas se déclarer d'accord avec la détermination des conditions d'octroi des concessions en question par voie de règlement grand-ducal. En effet, l'obligation de détenir une telle concession pour effectuer les travaux précités constitue une restriction à la liberté de commerce et de l'industrie consacrée par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution qui ne peut être prévue que par la loi formelle. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat était obligé de s'opposer formellement au texte du paragraphe 2 de l'article 16 du projet lui soumis.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mai 2005 sur le projet de loi relative à l'organisation du marché du gaz naturel[215], a noté que l'article 4 prévoyait un règlement grand-ducal fixant les critères d'octroi de l'autorisation ministérielle pour la construction d'un réseau ou d'une conduite directe. Cette disposition a rencontré l'opposition formelle du Conseil d'Etat, alors qu'elle constitue une restriction à la liberté de commerce prévue à l'article 11(6) de la Constitution. En effet, «un règlement grand-ducal ne saura dans ces conditions être pris que suivant les conditions établies à l'article 32(3) de la Constitution».

L'article 7 du même projet introduisait un frein à la multiplication des réseaux, limitant ainsi toute concurrence potentielle. Pour le Conseil d'Etat, cette observation était notamment pertinente dans le cas où le ministre peut refuser la mise en place d'un nouveau réseau alors qu'il n'en existe pas dans une zone déterminée et que sa réalisation par une autre entreprise «de réseau» est seulement «envisagée» mais non encore décidée ou autorisée. Le Conseil d'Etat était d'avis que cette disposition

215 Doc. parl. *n° 5606*[7]; devenu la loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel (Mémorial A n° 153 du 21 août 2007, p. 2798).

pouvait constituer une entrave à la liberté de commerce ainsi qu'aux objectifs de la concurrence, alors qu'une entreprise gazière, détentrice d'une autorisation ou ayant introduit une demande de construction d'un nouveau réseau pourrait bloquer tout projet concurrentiel dans la zone en question en se prévalant de son autorisation ou de sa demande d'autorisation obtenue ou introduite auparavant et documentant l'existence d'un projet «envisagé», mais non encore «réalisé». Partant, le Conseil d'Etat a recommandé vivement d'assortir les autorisations délivrées d'un délai maximum endéans lequel le bénéficiaire de l'autorisation est tenu de procéder à la réalisation de son nouveau réseau; à défaut de quoi l'autorisation ministérielle deviendrait caduque. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a ajouté qu'«il y a lieu d'abandonner la possibilité du refus ministériel en présence d'un projet de réseau qui ne serait qu'„envisagé“».

L'article 16, paragraphe 4 du projet de loi relative à l'organisation du marché de l'électricité[216], pose une exception par rapport à l'obligation de suivre la procédure d'autorisation figurant aux paragraphes 1er à 3 qui précèdent, en ce qu'une telle autorisation n'est pas nécessaire pour les installations de production d'électricité «dont la puissance électrique nominale est inférieure à un seuil à fixer par règlement grand-ducal». En attendant que ce règlement soit pris, le législateur fixe ce seuil à 10 MW. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 24 avril 2007[217], a observé que «pour le cas où le règlement en question baisserait le seuil ainsi fixé dans la loi, cette baisse constituerait une restriction à la liberté de commerce, qui, en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, est à établir par la loi elle-même. Une habilitation au Grand-Duc à l'effet d'adapter le seuil en dessous de 10 MW n'est donc pas possible. En cas de maintien de la formulation actuelle de la présente disposition, le Conseil d'Etat se verrait contraint de refuser la dispense du second vote constitutionnel».

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau[218], au sujet de l'article 13 du projet, a observé que «comme l'agrément ministériel prévu pour les personnes intervenant dans l'exécution de cet article constitue une restriction à la liberté du commerce et de l'exercice de la profession libérale

---

216 Doc. parl. *n° 5605*; devenu la loi du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mémorial A n° 152 du 21 août 2007, p. 2764).

217 Doc. parl. *n° 5605[5]*.

218 Doc. parl. *n° 5695[1]*; devenu la loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau (Mémorial A n° 217 du 30 décembre 2008, p. 3206); dans le même sens: avis du Conseil d'Etat du 13 juillet 2007 sur le projet de loi 1. modifiant la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles; 2. abrogeant la loi du 24 février 1928 concernant la protection des oiseaux (doc. parl. *n° 5732[1]*); devenu la loi du 21 décembre 2007 1. modifiant la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles; 2. abrogeant la loi modifiée du 24 février 1928 concernant la protection des oiseaux (Mémorial A n° 239 du 28 décembre 2007, p. 4394).

protégés par l'article 11(6) de la Constitution, il ne suffit pas, sous peine d'opposition formelle, de prévoir dans la loi le principe de cet agrément, mais il convient au moins, en vertu de l'article 32(3) de la Loi fondamentale, d'arrêter encore dans la loi même, à côté des finalités, les conditions et modalités suivant lesquelles le pouvoir exécutif sera autorisé à organiser la mise en œuvre de détail de la disposition légale».

De même, en ce qui concerne l'article 33, paragraphe 2 du projet de loi, le Conseil d'Etat a relevé que l'agrément prévu pour compte d'entreprises en vue d'être autorisées à effectuer des travaux d'entretien et de surveillance sur les infrastructures servant à l'alimentation en eau «constitue une restriction à la liberté de commerce consacrée par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il faudra par ailleurs, sous peine d'opposition formelle, en prévoir les conditions d'agrément dans la loi même».

Concernant les conditions d'agrément des services de gestion telles que prévues à l'article 3, paragraphe 2 du projet de loi concernant le renouvellement du soutien au développement rural[219], le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 décembre 2007[220], a demandé, sous peine d'opposition formelle et par souci de conformité avec les exigences de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, que les auteurs du projet de loi déterminent, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, outre la finalité des services de gestion à agréer, également les conditions et modalités selon lesquelles ces services exerceront leur activité, à moins qu'entrent exclusivement en compte pour l'accomplissement desdites analyses économiques des services relevant directement de l'Etat. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat a observé dans son avis qu'une précision rédactionnelle s'impose.

L'article 14 du projet de loi précité règle le cas où un exploitant agricole doit être remplacé pour une durée déterminée suite à un décès, une maladie ou une grossesse ou encore pour un motif de convenance personnelle. Il ne revient plus à l'agriculteur qui doit se faire remplacer ou à ses ayants droit de pourvoir à un remplacement, mais il est prévu qu'un service de remplacement agréé s'en occupe. Si le Conseil d'Etat a appuyé cette démarche, il devait toutefois constater, sous peine d'opposition formelle, que «le service ainsi presté par un ou plusieurs organismes privés agréés constitue l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'article 11(6) de la Constitution», ceci conformément au projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi en projet qui prévoit que les services de remplacement sont constitués sous forme d'une association agricole ou d'une société commerciale. Par conséquent, le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis que «les conditions d'agrément des organismes en question doivent dès lors être déterminées dans la loi formelle comme relevant d'une matière réservée. En vertu de l'article 32(3) de la Constitution, il échet de fixer au moins dans

---

219 Doc. parl. *n° 5762*; devenu la loi du 18 avril 2008 concernant le renouvellement du soutien au développement rural (Mémorial A n° 67 du 20 mai 2008, p. 894).

220 Doc. parl. *n° 5762²*.

la loi non seulement la finalité de l’agrément, mais aussi les conditions et les modalités de sa délivrance».

Ensuite, le fait de soumettre à agrément les organismes privés autorisés à fournir les conseils pour améliorer le niveau global des résultats de l’exploitation des agriculteurs et sylviculteurs pose une nouvelle fois la question du respect de l’article 11, paragraphe 6 de la Constitution. En effet, le Conseil d’Etat a rappelé que «la condition de l’agrément constitue une restriction à la liberté d’exercice d’une activité commerciale de ces organismes, restriction qui en tant que matière réservée doit être prévue par la loi formelle au moins pour ce qui est de sa finalité et des conditions et modalités retenues pour sa mise en œuvre. Le renvoi à un règlement d’exécution pour fixer les conditions à remplir par lesdits organismes en vue d’obtenir l’agrément ministériel n’est dès lors pas autorisé et le Conseil d’Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel».

Dans son avis du 23 octobre 2007 sur le projet de loi modifiant la loi du 1er août 2007 relative à l’organisation du marché de l’électricité[221], le Conseil d’Etat a rappelé que le fait de subordonner à une autorisation une activité relevant du secteur artisanal voire industriel relève en vertu de l’article 11, paragraphe 6 de la Constitution des matières réservées à la loi. Sans préjudice des dispositions de l’article 32, paragraphe 3 de la Constitution, il appartient dès lors au législateur d’établir les conditions et les formes de délivrance de ces autorisations.

Le Conseil d’Etat, dans son avis du 3 mars 2009 sur le projet de loi relatif à la chasse[222], a rappelé que seul le pouvoir législatif peut en vertu de l’article 11, paragraphe 6 de la Constitution établir des restrictions à la liberté de commerce. Il s’est formellement opposé à la disposition de l’article 19 du projet de loi[223] qui a relégué au pouvoir exécutif le droit de porter certaines restrictions à la vente du gibier.

Dans son avis du 17 mars 2009 sur le projet de loi relatif à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs de certains véhicules routiers affectés aux transports de marchandises ou de voyageurs et modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1993 ayant pour objet 1. le développement et la diversification économiques et

---

221 Doc. parl. *n° 5772*[1]; projet de loi retiré du rôle des affaires de la Chambre des députés par arrêté grand-ducal du 22 octobre 2009 (doc. parl. *n° 5772*[2]).

222 Doc. parl. *n° 5888*[1]; devenu la loi du 25 mai 2011 relative à la chasse (Mémorial A n° 111 du 31 mai 2011, p. 1728).

223 «Un règlement grand-ducal peut interdire ou limiter la vente, le transport pour la vente, la détention pour la vente ainsi que la mise en vente de gibier qu’il détermine, ainsi que la vente, la détention pour la vente ainsi que la mise en vente de toute partie ou de tout produit obtenu à partir du gibier, facilement identifiable.»

2. l'amélioration de la structure générale et de l'équilibre régional de l'économie[224], le Conseil d'Etat a constaté que les conditions d'agrément des centres de formation, telles qu'énoncées dans l'annexe I, section 5 de la directive 2003/59/CE à transposer, ne figurent pas dans le projet sous avis. Or, ces conditions constituent une restriction à la liberté de commerce et relèvent du domaine de la loi formelle de par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a donc exigé, sous peine d'opposition formelle, que les prescriptions de cette annexe soient transposées dans le cadre de la future loi.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 19 mai 2009 sur le projet de loi relative à la profession de l'audit[225], s'est opposé formellement à la disposition qui définit les entités d'intérêt public en autorisant l'extension de cette définition par voie de règlement grand-ducal. Si ce règlement grand-ducal devait prévoir des contraintes additionnelles pour les entreprises visées, il risquerait d'affecter le principe de la liberté du commerce consacré par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a donc rappelé qu'aux termes de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, le Grand-Duc n'est, dans les matières réservées par la Constitution à la loi formelle, autorisé à prendre des règlements qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. Par conséquent, il a demandé aux auteurs, sous peine d'opposition formelle, de cerner la portée du règlement grand-ducal.

L'article 13 du projet de loi – portant transposition de la directive 2006/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relative aux machines et modifiant la directive 95/16/CE (refonte); – concernant la mise à disposition de machines; – concernant les machines d'occasion[226] concerne les organismes notifiés que les Etats membres peuvent charger de l'évaluation de la conformité des différentes catégories de machines en vue de leur mise sur le marché. Les critères auxquels devront répondre ces organismes sont déterminés dans une annexe de la loi en projet. Il est prévu que cette annexe pourra être modifiée par voie d'un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 octobre 2009[227], a relevé que ces critères constituent des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il s'est en conséquence opposé formellement au maintien de l'article 13 du projet de loi dans sa forme actuelle, du

---

224 Doc. parl. *n° 5905*[5]; devenu la loi du 5 juin 2009 relative à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs de certains véhicules routiers affectés aux transports de marchandises ou de voyageurs et modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1993 ayant pour objet 1. le développement et la diversification économiques et 2. l'amélioration de la structure générale et de l'équilibre régional de l'économie (Mémorial A n° 176 du 6 août 2009, p. 2564).

225 Doc. parl. *n° 5872*[5]; devenu la loi du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit (Mémorial A n° 22 19 février 2010, p. 296).

226 Doc. parl. *n° 6048*; devenu la loi du 27 mai 2010 relative aux machines (Mémorial A n° 96 29 juin 2010, p. 1750).

227 Doc. parl. *n° 6048*[1].



moins en ce qui concerne la possibilité de modifier par voie d'un règlement grand-ducal des matières réservées par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution à la loi formelle.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 décembre 2009 sur le projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne[228], s'est opposé formellement à la disposition qui prévoit que les modalités de délivrance, de suspension ou de retrait des agréments d'homologations des organismes de formation offrant les formations destinées aux contrôleurs de la circulation aérienne sont fixées par règlement grand-ducal. Le fait de prévoir un agrément pour les personnes autorisées à dispenser ces cours, agrément dont les conditions de délivrance, de suspension ou de retrait des agréments d'homologations seraient fixées par un règlement grand-ducal, risque en effet de heurter le principe de la liberté du commerce qui est érigé en matière réservée à la loi par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il y aurait donc lieu, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, de fixer pour le moins les grands principes de ces conditions dans la loi, quitte à abandonner la mise en œuvre du détail à un règlement grand-ducal.

L'article 2 du projet de loi portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; – transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; – et modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat[229] tend à insérer un nouvel article 1251-2 dans le Nouveau Code de procédure civile. Le paragraphe 3 de l'article 1251-2 précité a trait à l'agrément du médiateur. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 5 juillet 2011[230], a relevé que ledit article ne fixe pas les conditions de l'agrément, mais renvoie à un règlement dont l'objet sera de fixer les critères, la procédure d'agrément et le mode de rémunération du médiateur. Il a souligné à cet égard que l'introduction d'un

---

228 Doc. parl. *n° 6056*[5]; devenu la loi du 16 août 2010 relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne (Mémorial A n° 153 du 23 août 2010, p. 2626).

229 Doc. parl. *n° 6272*; devenu la loi du 24 février 2012 portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le Nouveau Code de procédure civile; – transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; – modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat; – modification de l'article 3, paragraphe (1), point 1. de la loi du 3 août 2011 portant mise en application du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, modifiant le Nouveau Code de procédure civile; et – modification des articles 491-1 et 493-1 du Code civil (Mémorial A n° 37 du 5 mars 2012, p. 396).

230 Doc. parl. *n° 6272*[5].

régime d'agrément constitue une restriction à la liberté de commerce qui relève de la loi formelle en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition qui est contraire à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution en ce qu'elle relègue dans une matière réservée à la loi la détermination des conditions et des modalités à un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 7 juin 2011 concernant le projet de loi portant réforme du régime des cabarets[231], a souligné que l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution aux termes duquel la liberté du commerce et de l'industrie sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi, s'applique également en matière de cabaretage. Il a à cet égard rappelé que l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution dispose que «Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi». Il a attiré l'attention des auteurs sur le fait que la disposition de l'article 1er, paragraphe 2 du projet de loi, qui sans autres précisions entend conférer au pouvoir réglementaire du Grand-Duc la détermination des pièces qui doivent préalablement à l'exploitation d'un débit de boissons être déposées auprès de l'Administration des douanes et accises, a finalement pour effet de confier au Grand-Duc la définition des conditions requises en vue de l'exploitation d'un débit de boissons, et ne répond donc pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 précité. Les conditions d'octroi d'une autorisation de cabaretage de même que les limitations éventuellement apportées à une autorisation déjà délivrée doivent être fixées, du moins pour ce qui est des principes, dans la loi. Le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle à ce que le texte soit modifié en conséquence.

Le projet de loi – portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services [en abrégé «ILNAS»][232], prévoit en son article 7, paragraphe 5 qu'«un règlement grand-ducal détermine le système d'accréditation des prestataires de services de certification et des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation, crée le comité signature électronique et fixe les critères d'inscription au registre des prestataires de services numériques accrédités et au recueil des auditeurs de confiance numérique».

---

231 Doc. parl. *n° 6184*[5].

232 Doc. parl. *n° 6315*[3]; intitulé complet: Projet de loi – portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits, – modifiant * la loi modifiée du 17 mai 1882 sur les poids et mesures, * la loi modifiée du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits, * la loi modifiée du 19 décembre 2008 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie, * la loi du 25 mars 2009 relative à la compatibilité électromagnétique, * la loi modifiée du 27 mai 2010 relative aux machines, * la loi modifiée du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets, et * la loi du 21 décembre 2012 concernant les équipements sous pression transportables, – abrogeant la loi modifiée du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services.



Le Conseil d'Etat a fait valoir que l'activité d'auditeur de confiance numérique peut être de nature commerciale, hypothèse dans laquelle les conditions d'accès à cette activité constituent des restrictions à la liberté de commerce, qui doivent en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution être fixées par la loi formelle. Il a en conséquence exigé, sous peine d'opposition formelle, que le renvoi à un règlement grand-ducal fasse droit aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution par la précision dans la loi formelle de la finalité, des conditions et des modalités à respecter à cet effet.

L'article 11, paragraphe 2 du même projet dispose que «Tout organisme d'évaluation de la conformité candidat à une notification doit être établi au Grand-Duché de Luxembourg, posséder la personnalité juridique et être accrédité par l'Office luxembourgeois d'accréditation et de surveillance sur base des programmes d'accréditation visés à l'article 9, paragraphe (1), point 1°». D'après l'article 9, paragraphe 1er, point 1°, «L'OLAS est l'organisme national d'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité dont les missions consistent: 1° à élaborer et à mettre à jour des programmes d'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité sur base: – de la législation nationale et européenne en vigueur, – de documents normatifs nationaux, européens et internationaux, – de documents provenant des organismes européens et internationaux d'accréditation, et – de circulaires OLAS; …». En présence des exigences formelles de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, le Conseil d'Etat, dans son avis précité, s'est formellement opposé à cette approche. Il a en effet fait valoir que comme les deux activités en question peuvent revêtir la forme d'une profession indépendante, les conditions pour les exercer constituent des restrictions à la liberté de commerce et de l'exercice des professions libérales qui doivent en vertu de l'article précité de la Constitution être établies par la loi. Il a relevé que la loi peut toutefois se borner à tracer les grands principes tout en abandonnant la mise en œuvre du détail à un règlement grand-ducal répondant aux dispositions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé que les conditions d'accès à ces activités soient pour l'essentiel définies dans la loi en projet, du moins en ce qui concerne les exigences d'honorabilité, de capacité financière et d'assurance ainsi que de capacité professionnelle, alors que la question de la notification ne se posera que dans une deuxième étape.

Le Conseil d'Etat s'est encore formellement opposé à la disposition de l'article 16, paragraphe 3 qui énumère les conditions et modalités d'agrément que doivent remplir les organismes agréés qui sont à définir dans des règlements grand-ducaux. Le Conseil d'Etat a en effet fait valoir que ces conditions constituent des restrictions à la liberté de commerce et au libre exercice de l'activité libérale qui doivent, conformément à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, être établies par la loi et il a rappelé qu'en vue de satisfaire à la réserve constitutionnelle, il suffit que la loi trace les grands principes tout en reléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre des questions de détail. Le Conseil d'Etat a précisé à cet égard que le règlement grand-ducal visé doit intervenir dans le cadre de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitu-

tion qui requiert de la part du législateur le soin de spécifier les fins, les conditions et les modalités dans le cadre desquelles le règlement grand-ducal doit être pris. Pour renforcer son argumentation, le Conseil d'Etat a encore renvoyé à une sélection d'avis antérieurs en la matière, étudiés également dans le cadre de la présente analyse.[233]

Ensuite, le Conseil d'Etat, toujours sur le même fondement, s'est formellement opposé à la disposition de l'article 30 du projet selon laquelle «Des conditions complémentaires peuvent être fixées par règlement grand-ducal pour qu'un prestataire de service de certification soit habilité à délivrer des certificats à des personnes qui souhaitent utiliser une signature électronique dans leurs échanges avec les autorités publiques» alors que cette disposition soulève des problèmes de conformité avec l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution relatif à la liberté de commerce. Le Conseil d'Etat a par ailleurs souligné que le propre du règlement grand-ducal doit être l'exécution de la loi, sans altérer le champ d'application de la loi qui lui sert de base.

Actuellement, le Conseil d'Etat se base également sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 108/13 du 29 novembre 2013 exposé ci-avant pour rappeler au législateur que, dans les matières réservées, «l'essentiel du cadrage normatif doit résulter de la loi, y compris les fins, les conditions et les modalités selon lesquelles des éléments moins essentiels peuvent être réglés par des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc».[234]

---

233 Cf. avis du Conseil d'Etat
- du 5 mars 2002 relatif au projet de règlement grand-ducal du 30 juillet 2002 concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail (doc. parl. *n° 4853*[4], sous article 9);
- du 19 février 2002 relatif au projet de loi portant création d'une administration des services de secours (doc. parl. *n° 4536*[4], sous article 6);
- du 22 février 2005 relatif au projet de loi portant réglementation du commerce des semences et plants et concernant la mise en culture de semences et plants génétiquement modifiés (doc. parl. *n° 5380*[3], sous article 5);
- du 3 mai 2005 relatif au projet de loi portant réforme de l'Inspection du travail et des mines (doc. parl. *n° 5239*[5], sous article 14);
- du 3 juillet 2007 relatif au projet de loi-cadre sur l'eau (doc. parl. *n° 5695*[1], sous articles 13 et 33).

234 A titre d'exemples: avis du 21 janvier 2014 sur le projet de loi modifiant: 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat; 2) la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat; 3) la loi du 16 avril 1979 portant réglementation de la grève dans les services de l'Etat et des établissements publics placés sous le contrôle direct de l'Etat; 4) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique; 5) la loi modifiée du 30 juin 1947 portant organisation du Corps diplomatique; 6) la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire et 7) la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications (doc. parl. *n° 6457*[3]) ; avis complémentaire du 18 juillet 2014 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl. *n° 6533*[6]).



3. *La liberté du commerce et de l'industrie et le pouvoir réglementaire des établissements publics*

Les établissements publics peuvent, aux termes de l'article 108*bis* de la Constitution[235], se voir investir par la loi d'un pouvoir réglementaire qui est tributaire du principe de spécialité dans leur domaine de compétence et qui reste réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique, destinées notamment à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal[236].[237]

Etant donné que les établissements publics ne peuvent être chargés qu'à prendre des règlements d'«exécution»[238], à l'instar du pouvoir réglementaire d'exécution du Grand-Duc, ils ne sauraient se voir conférer le pouvoir d'édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter[239].

Dans les matières qui de par la Constitution relèvent du domaine de la loi formelle, en l'occurrence la liberté du commerce et de l'industrie et les restrictions qui y sont portées, il incombe encore au pouvoir législatif de tracer les grands principes, sans pouvoir charger un établissement public à cet effet[240].

A partir de là, le Conseil d'Etat applique l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution en combinaison avec l'article 108*bis* de la Constitution de manière identique qu'en matière du pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc, au sens de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

---

235 «**Art. 108*bis*.** La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet. Dans la limite de leur spécialité, le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.»

236 Cour constitutionnelle, arrêts du 19 mars 2013, n[os] 76/13 à 95/13 (Mémorial A n° 54 du 29 mars 2013, p. 681).

237 Marc Besch, *op. cit.*, point 45.

238 Cour constitutionnelle, arrêts du 19 mars 2013, n[os] 76/13 à 95/13 (Mémorial A n° 54 du 29 mars 2013, p. 681).

239 Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 2005 sur le projet de loi modifiant entre autres la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle (doc. parl. *n° 5334[10]*, p. 8) et du 7 mars 2006 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (doc. parl. *n° 5540[1]*, pp. 3 à 5), cités in Marc Besch, op. cit., point 48.

240 Avis du Conseil d'Etat du 14 juillet 2009 sur le projet de loi portant réforme de l'assurance accident et modifiant … (doc. parl. *n° 5899[6]*, p. 6); Cour constitutionnelle, arrêt du 2 mars 2007, n° 38/07 (Mémorial A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742), cité in Marc Besch, *op. cit.*, point 48.

A titre d'illustration, le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 juillet 2012 sur le projet de loi sur les services postaux[241], a soulevé que les auteurs du projet ont ajouté un nouvel alinéa à la fin du paragraphe 1er de l'article 19 sans cependant le commenter. Le texte proposé autorise l'Institut luxembourgeois de régulation en matière de services postaux à «étendre par règlement», après consultation, la levée, le tri, l'acheminement et la distribution de certains colis tout en fixant un régime spécial pour la distribution de ces colis. Faute d'explications, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur ce qui devra être étendu et réglementé. S'agit-il d'une extension dans le temps, de l'obligation à d'autres prestataires de participer à ces services, de la façon de distribuer ou encore d'autre chose? En quoi pourra consister le régime spécial à déterminer? Il s'est formellement opposé à cette disposition, en ce qu'«elle est contraire à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution en vertu duquel les restrictions à la liberté de commerce doivent être établies par la loi, et à l'article 108*bis* de la Constitution, le pouvoir réglementaire des établissements publics ne pouvant en effet constituer qu'une simple mise en œuvre des règles d'application générale. Il est exclu que le législateur habilite ces établissements à édicter des règlements à l'effet de compléter les lois».

Ou encore, le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances[242], s'est opposé formellement à la disposition de l'article 43, point 21 qui dispose qu'un règlement du Commissariat aux assurances peut déterminer les seuils d'une activité en vue de la détermination des grands risques. En effet, en vertu de l'article 108*bis* de la Constitution, les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements «dans la limite de leur spécialité». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d'Etat a renvoyé encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté du commerce soient fixées par la loi, et a rappelé que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail.[243] Pour le Conseil d'Etat, il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte même de la loi, rappelant à ce sujet la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle en la matière[244].

---

241 Doc. parl. *n° 6160*[6]; devenu la loi du 26 décembre 2012 sur les services postaux.

242 Doc. parl. *n° 6456*[2].

243 Sur le même fondement, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé aux dispositions des articles 75, 94, 112, 128, 133, 148, 159, 176, 183, paragraphe 2, 203 à 206, 260 et 272 du projet de loi en question.

244 Cour constitutionnelle, arrêts n° 15/03 du 3 janvier 2003 (Mémorial A n° 7 du 23 janvier 2003, p. 90) et n ° 28/05 du 23 décembre 2005 (Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2).



B) *Les avis du Conseil d'Etat sur les projets de règlements grand-ducaux*

Le périmètre de la liberté du commerce et de l'industrie à travers les avis du Conseil d'Etat serait incomplet si n'étaient pas pris en considération ses avis sur les projets de règlements grand-ducaux, qui diffèrent des avis sur les projets/propositions de loi en ce qu'ils ne comportent pas d'oppositions formelles de sa part. Il appartiendra *in fine* au Gouvernement de suivre les observations de ce dernier ou non.

En vertu du principe de légalité, les règlements doivent être conformes à la Constitution et aux lois, ainsi qu'aux engagements internationaux du Luxembourg, voire à d'autres normes supérieures dans la hiérarchie des normes.

D'après l'article 95 de la Constitution[245], les cours et tribunaux n'appliquent en effet les règlements que s'ils sont conformes aux conditions de légalité d'ordre matériel et organique et si les conditions de forme prescrites ont été observées[246]. Un règlement qui, par exemple, restreint la portée ou déforme le véritable sens de l'acte qui lui sert de fondement légal se met en opposition avec cet acte[247].

Dans ses avis sur les projets de règlements grand-ducaux, le Conseil d'Etat vérifie donc tout d'abord si le fondement légal invoqué est suffisant. A défaut, il rappelle le risque de la non-application du règlement en question par les cours et tribunaux, en vertu de l'article 95 de la Constitution.

Ensuite, dans les matières réservées à la loi formelle, en l'occurrence la liberté du commerce et de l'industrie et les restrictions qui pourraient y être portées, il combine les exigences de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution avec le pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc, au sens de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

Un cas spécial se présente, à savoir celui où le projet de règlement se fonde sur la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports. Cette loi permet de prendre des règlements grand-ducaux afin de déterminer la sanction des règlements européens qui de par leur matière rentrent dans son champ d'application. Or, cette loi présente une importante limite, à savoir qu'elle ne peut constituer de base légale dans une matière réservée à la loi, *a fortiori* en matière de

---

245 «**Art. 95.** (première phrase) Les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois.»

246 Cour de cassation, arrêts du 30 juin 1960 (Pas. 18, p. 119) et du 15 juin 1961 (Pas. 18, p. 341), cités *in* Marc Besch, *Traité de légistique formelle*, version du 17 mai 2013, point 15.

247 Cour de cassation, arrêt du 12 juillet 1955 (Pas. 16, p. 337), cité *in* Marc Besch, *op. cit.*

la liberté du commerce et de l'industrie. Pourtant, le Conseil d'Etat doit rappeler cette limite régulièrement.

Finalement, le Conseil d'Etat a également eu l'occasion de se prononcer sur les limites du pouvoir réglementaire des organes professionnels dotés de la personnalité civile, depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004.

Les développements qui suivent exposent une sélection d'avis du Conseil d'Etat sur les différents points exposés.

1. *Les limites du pouvoir réglementaire du Grand-Duc*

Les articles 14 à 17 du projet de règlement grand-ducal déterminant le montant, les modalités et l'utilisation de la garantie financière prévue à l'article 6 de la loi du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ont trait à l'organisme de garantie collective qui, aux termes de l'article 6 de la loi du 14 juin 1994, est l'une des entités susceptibles de fournir la garantie financière dont doit justifier l'agent de voyages dans le domaine des voyages, vacances ou circuits à forfait. Le projet prévoit que cet organisme doit être constitué sous forme d'une société commerciale. Il doit être agréé par le ministre ayant dans ses attributions les Classes moyennes et le Tourisme.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 29 octobre 1996[248], a relevé que les dispositions afférentes, d'une part, dépassent le cadre de l'habilitation légale et, d'autre part, empiètent sur le domaine réservé par la Constitution au pouvoir législatif. La loi a laissé au pouvoir exécutif le soin de fixer les modalités de la garantie financière. Aux yeux du Conseil d'Etat, ni la détermination de la forme juridique que doit revêtir l'organisme de garantie collective, ni l'agrément ministériel auquel il est proposé de soumettre cet organisme, ne relèvent des modalités de la garantie financière. Il a conclu que ces dispositions risquent donc d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

Le Conseil d'Etat a ajouté que ces exigences se heurtent par ailleurs à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, sauf les restrictions qui peuvent y être apportées par la loi. Dès lors, il ne saurait appartenir au pouvoir exécutif de déterminer sous quelle forme juridique doit être constituée une personne morale, ni de soumettre les activités de cette personne morale à un agrément ministériel préalable. De telles restrictions ne sauraient

248 Conseil d'Etat, avis *n° 42.575* du 29 octobre 1996.



être édictées que par la loi. Le Conseil d'Etat a donc demandé la suppression des articles 14 à 17 du projet en question.

Le chapitre V du projet de règlement grand-ducal fixant les conditions et modalités d'octroi et de calcul de la participation étatique aux frais d'experts exposés par le propriétaire d'un logement pour l'établissement d'un carnet de l'habitat de son logement traite de l'agrément de l'expert en question. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 17 juin 2003[249], a rappelé que «les conditions d'agrément constituent une limitation de la liberté de commerce consacrée par l'article 11(6) de la Constitution. Un tel agrément, si jamais il semblait indispensable, ne saurait être introduit par voie de règlement grand-ducal, mais nécessiterait le recours à une loi formelle. Il appert par ailleurs que l'introduction d'un tel agrément dépasse le cadre tracé par l'article 12*bis* de la loi modifiée du 25 février 1979 concernant l'aide au logement, qui constitue la base légale du présent texte. Le Conseil d'Etat s'oppose donc à ces dispositions qui risquent d'encourir la sanction de la non-applicabilité inscrite à l'article 95 de la Constitution».

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a relevé, dans son avis du 18 juillet 2003 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 24 mars 1989 portant restriction de la publicité en faveur du tabac et de ses produits, interdiction de fumer dans certains lieux et interdiction de la mise sur le marché des tabacs à usage oral, que «des doutes quant à une base légale adéquate sont encore permis pour les mesures limitant les teneurs maximales en goudron, nicotine et monoxyde de carbone imposées aux fabricants et importateurs de cigarettes, de même que celles concernant l'agrément des laboratoires d'essais chargés de réaliser ou vérifier ces teneurs. Ces dispositions constituent une restriction à la liberté de commerce consacrée par l'article 11(6) de la Constitution, restriction qui ne saurait être établie que par le pouvoir législatif».

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 septembre 2003 sur le projet de règlement grand-ducal sur les conditions de délivrance et de validité des licences des entreprises ferroviaires[250], a constaté que «le projet de règlement ne se limite pas à reproduire ou à paraphraser les conditions déterminées par la loi, mais il en ajoute de nouvelles non prévues par la loi. Le Conseil d'Etat doit s'opposer fermement à cette méthode de fixer des conditions nouvelles par voie réglementaire. Toute condition nouvelle à la délivrance d'une licence ferroviaire ne saurait être introduite que par une loi formelle. L'article 11(6) de la Constitution prévoit que toute restriction à la liberté de commerce et de l'industrie est réservée au pouvoir législatif. Des conditions nouvelles introduites par voie réglementaire risqueraient dès lors la sanction de l'inapplicabilité pour cause d'illégalité».

---

249 Conseil d'Etat, *n° 46.028*.

250 Conseil d'Etat, *n° 46.184*.

Le projet de règlement grand-ducal fixant les normes pour un service d'imagerie médicale travaillant avec un tomographe à résonance magnétique nucléaire renvoie aux «données fournies par le rapport périodique du service de contrôle physique et de l'organisme agréé chargé de l'entretien de l'équipement», sans préciser autrement la périodicité de ces rapports, les conditions d'intervention des organismes et les conditions de leur agrément. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 10 février 2004[251], a rappelé à cet égard que «la notion d'agrément risque d'ailleurs de soulever certains problèmes quant au principe de la liberté de commerce et d'industrie, érigée en vertu de l'article 11(6) de la Constitution en matière réservée à la loi. Les critères d'un tel agrément devraient partant être fixés dans une loi spécifique et non dans un règlement grand-ducal qui risque d'encourir la sanction prévue à l'article 95 de la Constitution. Par ailleurs, le Conseil d'Etat constate que le règlement ne détermine pas non plus les conditions et critères d'un éventuel agrément».

De même, le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 juin 2004 sur le projet de règlement grand-ducal concernant l'agrément d'auteurs de plans d'aménagements communaux[252], a estimé que, quant à l'objet de ce projet même, les critères généraux doivent figurer dans le corps même de la loi de base par application de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat devait émettre ses réserves les plus formelles à l'égard du fondement légal invoqué[253] qui ne faisait pas état d'une procédure d'agrément spécifique, de critères d'appréciation, voire de sanctions à prendre, le cas échéant, par le ministre (suspension, retrait), à déterminer par règlement grand-ducal. Pour cette raison, il a estimé inopportun de procéder à l'examen des divers articles du projet de règlement lui soumis.

Dans son avis du 12 octobre 2004 sur le projet de règlement grand-ducal relatif à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des

---

251 Conseil d'Etat, *n° 46.413*.

252 Conseil d'Etat, *n° 46.478*.

253 Loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, Art. 7. (2):

«(2) Le plan d'aménagement général d'une commune est élaboré à l'initiative du collège des bourgmestre et échevins, par une personne qualifiée. Au sens du présent article, on entend par personne qualifiée, toute personne physique ou morale publique ou privée, légalement établie au Luxembourg ou dans un autre Etat membre de l'Union européenne, inscrite, au vu de ses spécialisation, qualification et expérience avérées en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme, la commission d'aménagement demandée préalablement en son avis, sur une liste établie par le ministre.

Il est interdit à la personne qualifiée d'avoir par elle-même ou par personne interposée des intérêts de nature à compromettre son indépendance. Il est en particulier interdit à la personne qualifiée d'accepter un mandat émanant d'une personne privée, physique ou morale, pour l'élaboration d'un plan d'aménagement particulier ou pour celle d'un projet de construction sur le territoire de la commune concernée pendant le délai allant de la date de l'attribution à la personne qualifiée de la mission d'élaborer, de réviser ou de modifier un plan d'aménagement général jusqu'à l'adoption définitive du plan d'aménagement général conformément aux dispositions de l'article 18.»

explosifs à usage civil[254], le Conseil d'Etat a rappelé que la matière traitée, à savoir les conditions de la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil, constitue une matière réservée à la loi, et ce en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Par conséquent, certaines dispositions du texte sous examen doivent de ce fait être reprises dans une loi formelle.

En l'occurrence, le Conseil d'Etat a retenu qu'il y a lieu d'effectuer un tri entre les dispositions qui doivent impérativement figurer dans une loi formelle et celles qui peuvent être abandonnées à un règlement grand-ducal, ceci sous peine d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution. Ainsi, la loi à intervenir devra impérativement fixer les critères selon lesquels seront désignés les organismes chargés d'effectuer les procédures d'évaluation de la conformité, tout comme il appartiendra à la loi seule de fixer les conditions d'obtention d'une autorisation de transfert ou d'une licence d'acquisition. Les conditions d'obtention des agréments devront encore impérativement figurer dans une loi puisqu'elles restreignent la liberté de commerce, tout comme les critères et conditions d'exercice de l'activité de fabricant d'explosifs.

Il ressort de l'article 6 du projet de règlement grand-ducal instituant un régime d'aides pour les personnes physiques en ce qui concerne la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie et la mise en valeur des sources d'énergie renouvelables[255] que l'aide financière à accorder en relation avec des installations de ventilation contrôlée requiert préalablement une analyse d'étanchéité de l'habitation. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 juin 2005[256], a estimé que cette analyse peut être effectuée par tout homme de l'art autorisé pour ce faire, sans qu'il n'ait besoin à cet effet d'agrément spécial de la part d'une quelconque autorité administrative. Dans le cas contraire, le Conseil d'Etat a relevé qu'«il serait en effet nécessaire de faire droit aux exigences de l'article 11(6) de la Constitution réservant au seul législateur d'éventuelles restrictions à apporter à l'exercice des activités professionnelles».

Dans la mesure où les auteurs du projet de règlement grand-ducal relatif à la réduction des émissions de composés organiques volatils dues à l'utilisation de solvants organiques dans certains vernis et peintures et dans les produits de retouche de véhicules ne font que copier le texte du paragraphe 3 de l'article 3 de la directive 2004/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative à la réduction des émissions de composés organiques volatils dues à l'utilisation de solvants orga-

---

254 Doc. parl. *n° 5272*[6]; devenu le règlement grand-ducal du 24 novembre 2005 relatif à la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil (Mémorial n° 187 du 30 novembre 2005, p. 2992).

255 Doc. parl. *n° 5481*; devenu le règlement grand-ducal du 3 août 2005 instituant un régime d'aides pour des personnes physiques en ce qui concerne la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie et la mise en valeur des sources d'énergie renouvelables (Mémorial A n° 136 du 23 août 2005, p. 2434).

256 Doc. parl. *n° 5481*[2].

niques dans certains vernis et peintures et dans les produits de retouche de véhicules, et modifiant la directive 1999/13/CE en ce qui concerne l'obligation d'être titulaire d'une licence individuelle pour pouvoir faire droit des dérogations prévues en relation avec la restauration de bâtiments ou de véhicules d'époque, le Conseil d'Etat a observé, dans son avis du 23 décembre 2005[257], que «la disposition proposée constitue une restriction de la liberté de commerce et d'industrie qui, au regard de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, ne peut être établie que par le seul pouvoir législatif. Or, les dispositions de la loi modifiée du 21 juin 1976 relative à la lutte contre la pollution de l'atmosphère ne suffisent pas comme base légale permettant au pouvoir réglementaire d'introduire une telle licence».

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 mai 2007 sur le projet de règlement grand-ducal concernant la performance énergétique des bâtiments d'habitation[258], a constaté à la lecture de l'article 5 du projet que seuls les architectes et ingénieurs-conseils tels que définis par la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil ainsi que les personnes agréées en vertu du règlement grand-ducal du 10 février 1999 relatif à l'agrément de personnes physiques ou morales, privées ou publiques, autres que l'Etat, pour l'accomplissement de tâches techniques d'étude et de contrôle dans le domaine de l'énergie sont habilités à établir un calcul de la performance énergétique, un certificat de performance énergétique, voire un concept énergétique. Dans son avis, il a donné à considérer qu'il s'agit en l'occurrence d'une atteinte à la liberté de commerce à laquelle ne peuvent être apportées des restrictions que par la voie législative. Le Conseil d'Etat a encore noté que les paragraphes 9 et 10 du même article prévoient que ces mêmes professionnels ne pourront accomplir les prestations visées qu'après avoir réussi avec succès une formation spécifique. S'agissant en l'espèce d'une restriction à la liberté de commerce consacrée par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, l'introduction d'une telle formation ne saurait se faire par la voie d'un règlement grand-ducal mais nécessite le recours à une loi formelle. Le Conseil d'Etat s'est opposé en conséquence à ces dispositions qui risquent d'encourir la sanction de la non-applicabilité de l'article 95 de la Constitution.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 juillet 2007 sur le projet de règlement grand-ducal concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive[259], a noté qu'il a déjà eu l'occasion de rappeler, dans des avis antérieurs, que le règlement grand-ducal, sous peine d'encourir la sanction prévue à l'article 95 de la Constitution, ne saurait imposer des normes qui sont dépourvues de base légale. S'ajoute à cela que la matière traitée par le projet précité concerne une matière réservée à la loi en vertu

257 Conseil d'Etat, *n° 47.096*.

258 Doc. parl. *n° 5652⁴*; devenu le règlement grand-ducal du 30 novembre 2007 concernant la performance énergétique des bâtiments d'habitation (Mémorial A n° 221 du 14 décembre 2007, p. 3762).

259 Conseil d'Etat, *n° 47.573*.

 

de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, en ce que sont prévues des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat a donc rappelé qu'«en vertu de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre, en ces matières, des règlements qu'aux fins et dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi». Le Conseil d'Etat a renvoyé, pour ces considérations, à quelques-uns de ses avis antérieurs[260].

2. *La limite de la loi modifiée du 9 août 1971 dans une matière réservée*

L'article 3 du projet de règlement grand-ducal concernant la commercialisation des matériels de multiplication végétative de la vigne détermine les conditions sous lesquelles les matériels de multiplication de la vigne peuvent être commercialisés. L'article 5 du même projet énumère les obligations à remplir par les producteurs et les commerçants qui commercialisent ces matériels. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 janvier 2004[261], a relevé que «la liberté de commerce se trouve donc altérée sous un double angle de par l'application des dispositions en question. Or, la loi précitée du 9 août 1971 ne constitue pas une base légale appropriée pour des dispositions réglementaires limitant la liberté de commerce qui est garantie par l'article 11 de la Constitution, et qui ne souffre de restrictions autres que celles qui y sont apportées par le législateur. En effet, l'article 1er de la loi précitée dispose expressément que «seront toutefois exceptées de cette réglementation, qui peut déroger aux lois existantes, les matières réservées à la loi par la Constitution». Dans les conditions données, le Conseil d'Etat doit s'opposer à l'insertion dans le règlement grand-ducal en projet des dispositions des articles 3 et 5 qui devront faire l'objet d'une loi formelle sous peine d'encourir la sanction de la non-application prévue à l'article 95 de la Constitution».

Le projet de règlement grand-ducal portant application de la directive 2004/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 concernant les instruments de

---

260 Avis du 19 décembre 1997 sur le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal du 4 novembre 1994 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles (doc. parl. *n° 4171[6]*); Avis du 8 novembre 2001 sur le projet de règlement grand-ducal portant application de la directive 2000/14/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux émissions sonores dans l'environnement des matériels destinés à être utilisés à l'extérieur des bâtiments (doc. parl. *n° 4728[4]*); Avis du 5 juillet 2005 sur le projet de règlement grand-ducal – déterminant le nombre suffisant des travailleurs désignés; – catégorisant les entreprises dans lesquelles l'employeur peut assumer lui-même la fonction de travailleur désigné; – relatif aux capacités des travailleurs désignés; – relatif à la formation des travailleurs désignés (doc. parl. *n° 5065[5]*); Avis du 12 octobre 2004 sur le projet de règlement grand-ducal relatif à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil (doc. parl. *n° 5272[6]*).

261 Conseil d'Etat, *n° 46.408.*

mesure[262] a pour objet de transposer dans le droit luxembourgeois la directive 2004/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 concernant les instruments de mesure. Les auteurs du projet de texte sous examen se sont proposés d'effectuer la transposition dans le droit national par la voie d'un règlement grand-ducal pris sur base de la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements européens en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports. Le Conseil d'Etat, dans son avis 22 décembre 2006[263], a rappelé qu'«il est de doctrine constante qu'une directive peut parfaitement être transposée dans le droit national par la voie d'un règlement grand-ducal ordinaire, pris en vertu de l'article 36 de la Constitution, sous condition que le règlement dont s'agit puisse se fonder sur une base légale suffisante». En l'occurrence, pour le Conseil d'Etat, «la loi modifiée du 17 mai 1882 sur les poids et mesures fixe un cadre bien arrêté de règles définissant tant les poids et mesures à appliquer au Grand-Duché de Luxembourg que la vérification et le poinçonnage des poids et mesures avant leur emploi dans le commerce. La loi de 1882 constitue donc le cadre nécessaire et suffisant pour fonder l'action d'un règlement grand-ducal de transposition. Le détour par la loi habilitante de 1971 est donc inutile.» Le Conseil d'Etat a ajouté dans son avis qu' «il est aussi inefficace, puisque l'article 1er, alinéa 1 de la loi de 1971 soumet la transposition par voie de règlement grand-ducal à deux conditions, dont la seconde interdit son application à des matières réservées par la Constitution à la loi. Or, l'article 11(6) de la Constitution érige en matière réservée à la loi „la liberté du commerce et de l'industrie …". Certes, en vertu de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, „Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi". Afin d'éviter l'écueil de la matière réservée à la loi, les auteurs du projet de règlement grand-ducal devront de toute façon invoquer la loi de 1882 pour disposer d'un cadre de référence conforme à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.» Pour ces raisons, le Conseil d'Etat a recommandé le recours direct et exclusif à la loi de 1882 et l'abandon de la mention de celle de 1971.

Dans son avis du 15 juillet 2005 sur projet de règlement de grand-ducal – portant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 850/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les polluants organiques et modifiant la directive 79/117/CE – modifiant l'annexe II du règlement grand-ducal modifié du 14 décembre 1994 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des

262 Doc. parl. *n° 5674*; devenu le règlement grand-ducal du 13 février 2007 portant application de la directive 2004/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 concernant les instruments de mesure (Mémorial A n° 15 du 16 février 2007, p. 390).

263 Doc. parl. *n° 5674*.

produits phytopharmaceutiques[264], le Conseil d'Etat s'est interrogé sur le fondement légal même du règlement en projet. Il a estimé en effet, d'une part, que la loi modifiée du 20 février 1968 ayant pour objet le contrôle des pesticides et des produits phytopharmaceutiques et la loi modifiée du 15 février 1994 relative à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses et modifiant la loi du 11 mars 1981 portant réglementation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses n'offraient tout au plus qu'une base légale partielle et imparfaite au projet de règlement en question et, d'autre part, que la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports ne pouvait servir de base légale au règlement en projet, ce dernier intervenant en effet dans une matière réservée à la loi, en l'occurrence la liberté de commerce. Le Conseil d'Etat, dans son avis précité, a donné également à considérer dans ce contexte qu'en vertu de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, introduit par la loi du 19 novembre 2004, le Grand-Duc ne peut prendre, dans les matières réservées à la loi, les règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. Or, les lois précitées de 1968 et de 1994, qui en tout état de cause ne pouvaient constituer qu'une base légale partielle pour le règlement sous avis, ne répondaient pas à ces exigences. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a recommandé vivement aux auteurs du projet de se doter d'une base légale adéquate répondant aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution aux fins de pouvoir prendre le type de règlement en question. Ils pourraient à cet effet utilement compléter la loi modifiée du 11 mars 1981 portant réglementation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses. Le Conseil d'Etat a ajouté qu'à défaut de base légale adéquate, le règlement sous examen risque la sanction de l'article 95 de la Constitution et ce n'est dès lors qu'à titre tout à fait subsidiaire qu'il a procédé à l'examen des articles.

3. *Les limites du pouvoir réglementaire des organes professionnels dotés de la personnalité civile*

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 11 octobre 2005 sur le projet de règlement grand-ducal portant approbation du code de déontologie des professions de santé[265], a observé que «l'article 11, paragraphe 6 nouveau de la Constitution accorde en matière d'exercice de la profession libérale à des organes professionnels dotés de la person-

264 Doc. parl. *n° 5483[1]*; devenu le règlement grand-ducal du 26 janvier 2006 – portant certaines modalités d'application du règlement (CE) N° 850/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les polluants organiques et modifiant la directive 79/117/CE – modifiant l'annexe II du règlement grand-ducal modifié du 14 décembre 1994 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits phytopharmaceutiques (Mémorial A n° 19 du 3 février 2006, p. 482).

265 Conseil d'Etat, *n° 46.936*.

nalité civile le pouvoir de prendre des règlements. La Constitution confère ainsi à ces organes professionnels le pouvoir d'organiser l'exercice de la profession et d'émettre des règles contraignantes pour les membres tant dans leurs rapports mutuels que dans leurs relations avec des tiers. La réglementation de l'accès auxdites professions doit évidemment rester réservée à la loi, dans la stricte conformité avec l'article 11 de la Constitution».

Le Conseil supérieur de certaines professions de santé est l'organe professionnel représentatif d'une vingtaine de professions de santé qui sont exercées à des degrés variables en milieu libéral. L'exercice des professions visées est soumis à l'autorité du ministre ayant la Santé dans ses attributions, et ceci indépendamment du statut sous lequel le professionnel de la santé travaille. Il s'agit pour le Conseil d'Etat de professions à essence libérale dont l'organe professionnel, sous réserve d'être doté de la personnalité civile, se voit attribuer un pouvoir normatif autonome, à l'instar des professions de médecin, de pharmacien, de médecin vétérinaire et d'avocat, même si l'exercice sous le régime de salarié y est possible.

Etant donné toutefois que la loi n'a pas doté le Conseil supérieur de certaines professions de santé de la personnalité civile, le Conseil d'Etat a relevé dans son avis précité qu'une condition essentielle de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution ne se trouve pas remplie. En effet, «le recours à un règlement grand-ducal pour édicter le code sous examen, tel que l'envisagent les auteurs du projet sous rubrique, n'est pas non plus concevable, étant donné que la loi n'habilite pas le Grand-Duc à ce faire. En présence d'une matière réservée à la loi, en l'occurrence la restriction à l'exercice d'une profession libérale, il s'impose en effet que la loi autorise, au regard de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, le Grand-Duc à prendre des règlements aux fins, dans les conditions et suivant les modalités qu'elle spécifie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce».

Par conséquent, le Conseil d'Etat a encore conclu que, pour qu'il puisse exercer le pouvoir normatif dont il a été investi par le pouvoir législatif à l'instar du Collège médical et de l'Ordre des avocats, le Conseil supérieur de certaines professions de santé doit être doté par le législateur de la personnalité civile.



V. Conclusion

Nous avons vu que le périmètre de la liberté du commerce à travers les avis du Conseil d'Etat du Luxembourg est large. S'agissant d'appliquer une liberté fondamentale de première génération, la liberté du commerce couvre nécessairement des libertés connexes comme la liberté de concurrence, pour ne citer qu'une seule et qui a sûrement le plus marqué les évolutions jurisprudentielles de ces dernières années. Cependant, la liberté du commerce et de l'industrie ne saurait être absolue. Sous réserve de remplir les conditions, comme nous venons de le voir, des restrictions et limitations peuvent y être apportées. C'est le principe même de l'interventionnisme économique de l'Etat. Cependant, seul le législateur peut apporter ces restrictions et limitations à la liberté qui doivent être strictement encadrées et fondées. Toujours en est-il que, et le contentieux très considérable le prouve, le juge sera obligé d'apprécier les comportements des acteurs selon les circonstances de chaque espèce, sans jamais pouvoir se figer dans une solution modèle. En effet, quelle entreprise peut encore être créée et exploitée librement? Quelle industrie n'est pas dangereuse, insalubre ou incommode et, comme telle, soumise à un régime d'autorisation préalable et de surveillance administrative? Quelle exploitation commerciale n'est pas réglementée, voire régulée, qu'il s'agisse de l'épicier du coin, de l'entreprise de transport, du boulanger, des professions du bâtiment, du professionnel du secteur de l'immobilier, de la fabrique de pneus ou du professionnel des secteurs financier et des assurances?

Si jadis, la liberté était la règle et la restriction de police l'exception, aujourd'hui, l'existence d'une réglementation est la règle, à laquelle le maintien de la liberté ne fait que rarement exception. Or, cette réglementation doit être strictement encadrée. C'est le rôle du Constituant et du législateur, mais aussi des cours et tribunaux qui par leur œuvre contribuent à une réglementation et régulation saines de toute activité économique.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat du Luxembourg, l'analyse de ses avis a démontré qu'il remplit pleinement sa mission: garantir et défendre les droits et libertés fondamentaux et assurer le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets et propositions de loi, ainsi que le contrôle de légalité des projets de règlements grand-ducaux. Si dans certains cas, son contrôle peut paraître sévère, il ne fait rien d'autre que d'appliquer la Loi fondamentale en prenant en compte l'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle.

Il est vrai que les règles constitutionnelles en vigueur ne laissent pas beaucoup de choix. Dans une matière réservée à la loi, l'expérience acquise avec l'application de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution depuis son libellé résultant de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, et surtout depuis l'arrêt n° 108/13 de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 2013 examiné ci-avant, a montré ses limites et les

exigences posées à cet effet donnent lieu à des problèmes d'application manifestes, dans le sens où le législateur doit préciser à la fois les fins, les conditions et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire d'attribution du Grand-Duc. Le législateur a aujourd'hui des difficultés sérieuses, dans une matière réservée, à donner le cadre légal qui permet de correctement exécuter et de mettre en œuvre le pouvoir réglementaire du Grand-Duc. La refonte de la Constitution en cours[266] sera donc, nous l'espérons, l'occasion de résoudre ce conflit de compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Une solution envisageable consisterait à abandonner l'exigence selon laquelle, à côté de la finalité et des conditions, les «modalités» doivent également être précisées dans la loi afin de mettre en œuvre le pouvoir réglementaire d'attribution dans les matières réservées à la loi.

Pour conclure, nous estimons encore qu'il ne faut pas sous-estimer l'apport du droit de l'Union européenne. A côté du droit originaire, nous rappelons que la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite directive «Services», établit un cadre juridique général favorisant l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation des services. Aussi cette directive, qui a été transposée en droit luxembourgeois par une loi générale, à savoir la loi du 24 mai 2011 sur les services dans le marché intérieur[267], telle qu'elle a été modifiée par la suite, comporte-t-elle un certain nombre d'exigences majeures dont le respect doit être assuré dans chaque texte normatif interne traitant des aspects visés par la directive. Désormais, pour que les Etats puissent instaurer un régime d'autorisation préalable relativement à l'exercice d'une activité économique, trois conditions cumulatives doivent être réunies: le régime d'autorisation ne doit pas être discriminatoire à l'égard du prestataire visé; la nécessité du régime d'autorisation doit être justifiée pour une raison impérieuse d'intérêt général; enfin, l'autorité doit démontrer que l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante. Ce sont des éléments qui touchent également de très près le périmètre de la liberté du commerce et de l'industrie qui mériterait une analyse à part.

Ceci pour démontrer que même une liberté fondamentale de première génération évolue au fil du temps, à travers les ordres de juridictions, les révisions constitutionnelles, le droit international, sans pourtant jamais trop s'éloigner de sa racine historique qui, en l'occurrence, est très lointaine, mais toujours essentielle.

*

266 Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, déposée à la Chambre des députés le 21 avril 2009 (doc. parl. *n° 6030*).

267 Mémorial A n° 108 du 26 mai 2011, p. 1694.



VI. BIBLIOGRAPHIE

- Marc Besch, *Traité de légistique formelle,* non publié, version du 17 mai 2013;
- Paul Schmit, en collaboration avec Emmanuel Servais, *Précis de droit constitutionnel, Commentaire de la Constitution luxembourgeoise,* éditions Saint-Paul, Luxembourg, 2009;
- Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois, Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif,* Quatrième édition, complété et mise à jour par Marcel Majerus, Imprimerie Saint-Paul, Luxembourg, 1977;
- Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit,* 2e réimpression de l'ouvrage édité en 1960 par l'Office des Imprimés de l'Etat, réimprimé en 1978 avec une mise à jour par le Centre universitaire de Luxembourg, Bruylant, 2009;
- *Le Conseil d'Etat face à l'évolution de la société luxembourgeoise,* Publication du Conseil d'Etat dans le cadre de son 150e anniversaire, Luxembourg, 2006;
- *Le Conseil d'Etat, Gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux,* Publication du Conseil d'Etat dans le cadre de son 150e anniversaire, Luxembourg, 2006;
- *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat,* Editions Larcier Bruxelles, Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg, 2010;
- Jörg Gerkrath, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007,* Pasicrisie luxembourgeoise, 2008;
- Rusen Ergec, *Droit public de l'économie, en ce compris le patrimoine public,* éd. Pasicrisie luxembourgeoise;
- Antonis Manitakis, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français,* Bruylant, Bruxelles, 1979;
- Jean-Louis Mestre, *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété,* Dalloz, chronique, 1984;
- Christophe Lajoye, *De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle,* CRDF, n° 1, 2002;
- Valérie Ogier-Bernaud, *La protection des droits et libertés fondamentaux en France,* cours publié sur le site de l'Université populaire d'Avignon:
  www.upavignon.org/archive/telechargements/cours/UPA-Ogier4.pdf;
- Robert Savy, *La Constitution des juges,* Dalloz, 1983, chronique 105;
- Joël Cavallini, *Liberté du commerce et de l'industrie et libertés de circulation en Europe,* in *Le Code de commerce,* 1807-2007, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007;
- Didier Ferrier, *La liberté du commerce et de l'industrie,* in *Libertés et droits fondamentaux,* sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz, 18e édition, 2012;
- Revues belges de droit constitutionnel 1998 à 2012, Bruylant, Bruxelles;
- Carole Champalaune, *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence,* Rapport annuel de 2001 de la Cour de cassation de France, consultable en ligne sur le site de la Cour de cassation:
  www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/commerce_industrie_5970.html.



CONSEIL D'ETAT

DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Adresse:	*5, rue Sigefroi*
	L-2536 Luxembourg
Téléphone:	*47 30 71*
Téléfax:	*46 43 22*
Internet:	*www.conseil-etat.public.lu*
e-mail:	*info@conseil-etat.public.lu*

CTIE - Division Imprimés et Fournitures de bureau de l'Etat